Die Anwendbarkeit des § 254 BGB. auf Ansprüche aus absoluten Rechten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Heinz Luhde

Gerichtsreferendar in Frankfurt/Oder.

Berichterstatter: Professor Dr. W. Siebert.

Würzburg 1935

Buchdruckerei Richard Mayr.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet!

Gliederung.

Seite:

Erster Teil:

Die Grundgedanken des § 254 und ihre Berücksichtigung in der Rechtsprechung 1

I. Das mitwirkende Verschulden als Ausdruck der Pflicht zur Beachtung der Interessen Dritter 1

II. Die rechtspolitische Zusammengehörigkeit des § 254 und des § 242 BGB. 5

1. Seine Einordnung in den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken des § 242 BGB 5

2. Die Billigkeitserwägungen des § 254 als Ausdruck des in § 242 BGB. enthaltenen Grundsatzes der Billigkeit 6

3. Ergebnis: Die Annäherung des Inhalts von § 254 an § 242 BGB. und die hierdurch ermöglichte ausdehnende Anwendbarkeit des Grundsatzes des mitwirkenden Verschuldens 7

III. Die bisherige Anwendung des § 254 in der Rechtsprechung . . 8

Zweiter Teil:

I. Vergleich der obligatorischen Ansprüche mit den Ansprüchen aus absoluten Rechten 12

1. Verschiedenheit und Ursprung 12

2. Abweichendes Verhältnis der Ansprüche zu den ihnen zu Grunde liegenden Rechten 12

a) Anspruch und Forderungsrecht als identische Begriffe . . 12

b) Trennung des Anspruchs vom absoluten Recht . . . 13

3. Gleiche Richtung der Ansprüche 14

4. Die Abhängigkeit der Ansprüche aus absoluten Rechten gegenüber der Selbständigkeit der obligatorischen Ansprüche . . . 15

5. Gleichartigkeit im Zweck 16

6. Wesentlich gleicher Inhalt beider Arten von Ansprüchen . . 18

7. Besteht ein Unterschied in der Aussonderungsfähigkeit? . . 21

8. Vergleich der Ansprüche des Eigentümers (§§ 987 ff. BGB.) zu dem Herausgabeanspruch (985 BGB.) und den obligatorischen Ansprüchen 22

A. Umwandlung des Herausgabeanspruchs in Schadensersatzansprüche schuldrechtlicher Natur 22

B. Die dem Eigentümer gewährten Ansprüche auf Herausgabe von Nutzungen 23

a) als schuldrechtlicher Herausgabeanspruch neben § 985 BGB. gegen den unverklagten redlichen Besitzer im Falle entgeltlicher oder unentgeldlicher Erlangung der Sache . . 24

b) als schuldrechtlicher Herausgabeanspruch aus § 985 gegen den verklagten gutgläubigen Besitzer (Umwandlung) . . 24
c) als dinglicher Anspruch gegen den unredlichen Besitzer auf Herausgabe der noch vorhandenen natürlichen Früchte . 24

II. Folgerungen des Vergleichs:
Die grundsätzliche Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts auf Ansprüche aus absoluten Rechten 25
a) im BGB. 25

Dritter Teil:

Die Durchführung der Anwendung des § 254 auf Ansprüche aus absoluten Rechten 27

I. Seine Anwendbarkeit auf Schadensersatzansprüche aus absoluten Rechten 27
1. Aus dem Eigentum 28
2. Infolge unerlaubter Handlung 28
3. Aus den gewerblichen Schutzrechten 28

II. Die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens gegenüber den Ansprüchen des Eigentümers auf Hergabe der Sache und der Nutzungen 29
1. Herausgabeanspruch und Schadensersatzanspruch . . . 29
2. Die Rechtslage beim Herausgabeanspruch im Falle eines mitwirkenden Verschuldens des Eigentümers 31
3. Stellungnahme zu der Ablehnung des Reichsgerichts . . . 32
4. Begründung der Ausgleichspflicht 36
5. Ausgleich durch § 254 bei den Ansprüchen des Eigentümers auf Herausgabe der Nutzungen 40

III. § 254 BGB. und die den absoluten Rechten entspringenden Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche 41
A. Der Beseitigungsanspruch 43
a) Seine Aehnlichkeit mit dem Schadensersatzanspruch . . 43
b) Berücksichtigung des Verursachens im Rahmen von § 254 . 45
1. Die Lehre von der Gefährdungsaufrechnung (Krückmann) . 46
2. Der Begriff der Gefahrtragung (Müller-Erzbach) . . 47
3. Die causa concurrens (Hedemann) 47
4. „Eigenes Verhalten" (Lenel) 48
5. Die Einschränkung der Kausalhaftung durch § 254 BGB. und ihre Entwicklung durch das Reichsgericht . . . 48
c) Die Abschätzung der Verursachung 50
d) Ergebnis und Begründung der Ausgleichspflicht . . . 51
e) Ausgleich durch § 254 bei den durch § 1004 BGB. gewährten Ansprüchen auf Beseitigung von Beschädigungen . . . 52
B. Der Unterlassungsanspruch 52
1. Seine Abweichung vom Schadensersatzanspruch . . . 53
2. Ist aus diesem Grunde ein gerechter Ausgleich durch den bereits vorhandenen Begriff der „Verwirkung" herbeizuführen? . 54
3. Ausgleich beim Unterlassungsanspruch durch § 254 BGB. unter ergänzender Hinzuziehung des § 242 BGB. in Form der Milderung der Durchführung des Anspruchs 56

Schrifttum.

Baumbach, Das gesamte Wettbewerbsrecht. Berlin 1931.
Biermann, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil 1908.
Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumsverw. v. Nichteigentümer.
Callmann, Der unlautere Wettbewerb. 2. Auflage 1932.
Cohn, Untersuchungen zu § 254 BGB. in: Gruchots Beiträge Band 63 S. 96 ff., 377 ff.
Croissant, Eigenes Verschulden und Handlungsfähigkeit. 1893.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I Einleitung und allgemeiner Teil. 1900.
Dronke, Eigenes Verschulden. in: Egers Entsch. Bd. 25, 33 f.
Dungs, Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen. Gruch. Beitr. Bd. 54, 545 ff.
Elster, Urheberrecht (Gewerbl. Rechtschutz) 2. Aufl. 1928.
Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. I. Bd. Allgem. Teil und Schuldverhältn. II. Bd. 1. Abtl. Sachenrecht.
Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil. Marburg 1931.
Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1930.
Enneccerus-Wolff, Das Sachenrecht. Marburg 1929.
Falk, Die Uebertragung der schuldrechtlichen Regeln auf die rei vindicatio. Diss. Köln 1928.
Fehr, Recht und Wirklichkeit. 1928.
Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I. Bd. Jena 1903.
Fischer, Die Rechtswidrigkeit. 1911.
Flach, Anwendung des Schuldrechts auf dingliche Rechtsverhältnisse. Diss. Frankfurt 1929.
Fröhner, Die Anwendbarkeit des § 254 auf die Ansprüche aus dem Eigentum. Recht 1920 S. 141.
Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB. 1903.
Haemmerle, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? Gutachten zum 36. dtsch. Juristentag. Verhandlungen I.
Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. I. Teil Berlin 1910.
Hellwig: Anspruch- und Klagerecht. 1900.
— Lehrbuch des Zivilprozeßrechts Bd. I 1903, Bd. II 1907.
Hildebrandt, Formalismus im bürgerl. Recht. Deutsch. Recht 1934 S. 353 ff.
Janz, Das eigene Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen. Diss. Erlangen 1929.
Isay, Patentgesetz 4. Aufl. 1926.
Kreß, Lehrb. des allg. Schuldrechts, München 1929.
Krückmann, Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Iherings Jahrb. 52 S. 428 ff.
— Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. Iherings Jahrb. 54 S. 107 ff.
— Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit Iherings Jahrb. 55; 1.
Langenbach, JW. 1933 S. 699 folg. Anm. zu 3.
Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht. Tübingen 1933.
Langheineken, Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht. München 1906.
Leonhard, Allg. Schuldrecht 1929.
Lenel, Die Gefahren der Gelegenheitsgesetzgebung. DJZ. 1906 S.626.
von Leyden, Die Kulpakompensation. 1902.
Löbl, Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen. Ziv. Arch. n. F. Bd. 9 S. 257 ff.
von Liszt, Die Deliktsobligation im System des BGB. Berlin 1898.
Marwitz-Möhring, Das Urheberrecht am Werken der Literatur und der Tonkunst. Berlin 1929.
Merk, Das Eigentum im Wandel der Zeiten. Langensalza 1934.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Bd. I allgem. Teil 1888. Bd. II Recht der Schuldverhältnisse. 1888. Bd. III Sachenrecht. 1888.
Müllereisert, Die Verwirkung. Zentralblatt f. Handelsrecht 1933 S. 97 ff.
— Mitwirkendes Verschulden — statt Verwirkung Z.Bl.H. 11933 S. 247 ff.
Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Ziv. Arch. Bd. 106, S. 309 ff.
Oertmann, Kommentar z. BGB. I. Allgem. Teil 3. Aufl. 1927. II. 1. Recht der Schuldverhältnisse 5. Aufl. II. 2. Recht der Schuldverhältnisse 5. Aufl.
Planck, Kommentar z. BGB. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1913 bis 1928.
Plath, Die Ergänzung der Ansprüche aus dem Eigentum §§ 985 ff. BGB. durch Anwendung schuldrechtlicher Bestimmungen. Diss. Jena 1928.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897.
Radbruch, Der Mensch im Recht. Tübingen 1927.
Reichsgerichtsräte, Kommentar 7. Aufl.
Rosenthal, Wettbewerbsgesetz. 8. Aufl. 1930.
Rud. Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch. Stuttgart 1924.
— Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. 1915.
Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. RG. Festgabe II S. 191 ff. Berlin und Leipzig 1929.
Maria Schwarz, Der Anspruch des Eigentümers gegen den nichtrechtswirksam verfügenden Nichtberechtigten. Diss. Tübingen 1930.
Seeligsohn,P atentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern. 1932.
Siber, Schuldrecht. 1931.
— Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
W. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Marburg 1934.
— Das rechtsgeschäftliche Treuhandsverhältnis. Marburg 1933.
— Gemeinschaft und bürgerliches Recht. Deutsches Recht 1934, S. 303 ff.
Stälin, Ueber die dinglichen Ansprüche des BGB. hinsichtlich der Anwendbarkeit des allg. Teils der Schuldrechtsverhältnisse auf dieselben. Diss. Tübingen 1902.
Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte. Arch. f. bürgerl. Recht Bd. V S. 12 ff.
von Staudinger, Kommentar z. BGB. 9. Aufl. Berlin und München 1926 bis 1929.
Stutz, Die Rechtsbeziehungen des Eigentümers zum nichtberechtigten Besitzer. Berlin 1934.
Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1929.
von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts.
— Naturalherstellung und Geldersatz. Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 39 ff.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe. 1905.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Wirth, Schadensersatz bei Patentverletzungen. Zeitschr. f. Markenschutz und Wettbewerb 1932. S. 88 ff.
Wurzer, Zum Begriff der Nebenforderungen. Gruch. Beitr. Bd. 53 S. 48 ff.
Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgem. Teil Leipzig 1900.

Wenig zitierte Schriften sind in den Ausführungen vermerkt.

Erster Teil.

Die Grundgedanken des § 254 BGB. und ihre Berücksichtigung in der Rechtsprechung.

I. Das Recht ist von dem Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit beseelt. Sein Zweck ist die Schaffung einer gerechten Ordnung menschlicher Interessen. Hieraus bestimmt sich seine Aufgabe, den durch das Zusammenleben eintretenden Widerstreit von engverschlungenen Lebenskreisen zu regeln. Gegenstand der Rechtssätze sind daher meist Interessenkonflikte, deren Ausgleichung geboten ist, um Schädigungen zu verhüten. Entsprechend dieser Verwendung verbietet das Recht dem Geschädigten, von Dritten Ersatz für einen Schaden zu verlangen, den er selbst verschuldet hat, oder dessen Beseitigung in seiner Hand liegt.

Bereits nach dem Rechtssatz des Pomponius „quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire"[1]) verminderte sich der Ersatzanspruch des Beschädigten um den Betrag des Schadens, den der Beschädigte durch eigene Schuld herbeigeführt hatte. Die Schadensersatzpflicht wurde mithin in den Fällen beeinflußt, in denen der Verletzte durch schuldhaftes Mitwirken unter Außerachtlassen seiner eigenen gebotenen Rechtsstellung einen Schaden herbeigeführt bezw. mitverursacht hatte[2]).

Im heutigen Recht dient der Durchführung dieses ewigen Rechtssatzes — wie ihn Croissant[3]) nennt —, die Vorschrift des § 254 BGB. Sie wird beherrscht von dem Gedanken des Interessenausgleichs und der damit verbundenen Haftungseinschränkung. Jeder verantwortliche Mensch trägt die Gefahr seiner eigenen schuldhaften Handlungsweise und darf sie nicht auf einen anderen abwälzen[4]).

Gegen welche Rechtssphäre richtet sich nun dieses Verschulden und welchen Vorwurf kann man dem Geschädigten machen, um eine Haftungs-

---

1) Dig. 50, Tit. 17, lex 203.

2) Zur geschichtlichen Entwicklung vgl.: ALR. §§ 18/21, Teil I 6, § 688 sächs. BGB. § 1304 österr. allg. BGB. schweiz. Oblig.-Recht Art. 51, Windscheid-Kipp, Bd. 2, § 258 S. 64, Cohn Gruch. Beitr. 43, 96 folgende, Mommsen, Beitr. z. Oblig.R. II S. 157.

3) a. a. O. S. 50.

4) RG. Bd. 51, 210 folg., Bd. 52, 351 folg.

einschränkung i. S. des § 254 herbeizuführen? Ueber diese Frage herrscht lebhafter Streit in der Literatur.

Die herrschende Meinung[5]) vertritt die Ansicht, daß das Verschulden des Beschädigten ein Verschulden gegen sich selbst darstelle, sodaß der Verletzte nur gegen die ethische Pflicht seine „wohlverstandenen eigenen Interessen" zu wahren, verstoßen habe. „Der Handelnde hat zwar keine Rechtspflicht verletzt, aber man betrachtet es als eine ethische Pflicht des Menschen gegen sich selbst, daß er sich nicht selbst Nachteile zufügt und mißbilligt das Verhalten dieses Menschen daher von seinem eigenen Interessenstandpunkt aus[6]). Der Ersatzanspruch wird also von dem Verhalten abhängig gemacht, wie es von einem vernünftig und redlich denkenden Menschen erwartet werden muß[7]). Die Mißbilligung seitens der Rechtsordnung vom eigenen Interessenstandpunkt tritt an die Stelle der Rechtswidrigkeit.

Diese Theorie der ethischen Mißbilligung des Verhaltens des Verletzten ist in der Wissenschaft stark angegriffen worden. So heben Crome[8]) und H. A. Fischer[9]) hervor, daß vom ethischen Standpunkte aus eine absolute Verurteilung der Selbstbeschädigung nicht erwiesen werden könne. Auch das Recht stelle sich nicht auf diesen Standpunkt, sondern überlasse dem einzelnen die volle Verfügungsgewalt über seine Rechtsgüter. — Man kann sich dieser Ansicht nicht verschließen. Die Rechtsordnung hat weniger Interesse daran, die Belange des Einzelnen zu schützen, als die der Allgemeinheit. Der Einzelne wird auch ohne gesetzlichen Hinweis allein aus egoistischen Beweggründen darauf bedacht sein, die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsgüter zu seinem Nutzen zu verwenden und vor Schaden zu bewahren. Von diesem Gedanken geht die Rechtsordnung selbst aus, denn sie verbietet Verstöße gegen das eigene Interesse nur dann, wenn diese so schwerwiegend sind, daß durch sie über die eigene Schädigung hinaus auch Nachteile für die Gesamtheit zu befürchten sind, indem der Selbstschädiger ohne gesetzliches Einschreiten durch sein Verhalten der All-

5) Zitelmann als Hauptvertreter der Lehre, a. a. O. S. 166 folg., Planck § 254 Anm. 2 von Tuhr S. 89 folg., Enneccerus-Lehmann S. 54, Siber, Jhr. Jahrb. 50, 196 Rümelin, Ziv. Arch. 90, 308 folg. Traeger a. a. O. S. 327 folg., v. Leyden S. 67, Staudinger § 254 Anm. 2 c, Oertmann § 254, Anm. 16, RGRK. § 254 Anm. 1 RG. Bd. 52, 351 folg., Bd. 100, 44.

6) Zitelmann S. 166 folg., Dernburg BGB. Bd. 2, 4. Aufl. Halle 1909 S. 89.

7) Traeger a. a. O. S. 328, Rümelin a. a. O. S 311, 312.

8) a. a. O. S. 494.

9) a. a. O. S. 175 folg.

gemeinheit zur Last fiele, z. B. dem Verschwender wird durch Entmündigung die Vermögensverwaltung entzogen. Der Grundgedanke, von dem § 254 ausgeht, kann hiernach nicht sein, dem Geschädigten lediglich ein Verhalten gegenüber seinen eigenen Interessen — eine Pflicht gegen sich selbst — vorzuschreiben. Dies zeigt sich insbesondere in den Fällen, in denen der Verletzte in keiner Weise gegen seine Interessen verstößt, ja im Gegenteil listig und eigennützig seine Interessen wahrnimmt und trotzdem eigenes Verschulden im Sinne des § 254 angenommen werden muß, weil sein Verhalten dem Fremdschädiger gegenüber ungerecht und mißbilligenswert ist[10]): Um mir ein angenehmes Leben zu machen, ergreife ich — pochend auf den Schadensersatz des Fremdschädigers — nicht die wirksamen Mittel zur Behebung des Schadens. — Hiernach muß das Verhalten des Verletzten, um rechtlich von Bedeutung zu sein, über seinen eigenen Interessenkreis hinausgreifen und den fremden Rechtskreis des Schädigers beeinträchtigen[11]). In diesem Falle ist zu fragen: Enthält das Verschulden die Verletzung einer Rechtspflicht gegenüber dem Dritten oder vernachlässigt der Geschädigte nur eine „Aufgabe, die er seinem Gegner, also dem Fremdschädiger gegenüber hat"[12]).

Die Verletzung einer Rechtspflicht gegenüber dem Fremdschädiger nehmen von Liszt[13]) und Endemann[14]) an. Kreß[15]) bemerkt hierzu, daß das schuldhafte Verhalten des Berechtigten immerhin einen Verstoß gegen die Rechtsordnung darstelle[16]). — Die gegenteilige Ansicht wird von Leyden[17]) vertreten. Er weist daraufhin, daß sich eine Rechtspflicht des Beschädigten gegenüber dem Fremdschädiger nicht nachweisen lasse. Diese Meinung dürfte zutreffend sein. Das Verschulden in § 254 enthält keine vertragliche oder außervertragliche Rechtswidrigkeit. Es umfaßt vielmehr jeden Verstoß gegen Treu und Glauben, der darin liegt, daß diejenige Sorgfalt nicht angewendet wird, die nach der Anschauung der Allgemeinheit pflichtgemäß erwartet werden mußte. So kann man eine echte Rechtspflicht

10) Leonhard S. 186, 187.
11) so auch Kreß S. 341 folg.: Das schuldhafte Verhalten des Berechtigten stellt einen Uebergriff in einen fremden Interessenkreis dar, da die Rechtslage des Schadensschuldners erst durch das schuldhafte Verhalten des Berechtigten beeinträchtigt ist. Ebenso: Weyl a. a. O. S. 523.
12) Leonhard S. 184.
13) a. a. O. S. 83/84.
14) Endemann S. 758.
15) a. a. O. S. 342.
16) so auch: Dronke, Egers Entsch. Bd. 25 Sonderh. S. 33, Gottschalk S. 70.
17) a. a. O. S. 63.

auch nicht ohne weiteres daraus herleiten, daß man dem Berechtigten eine Pflicht zur Vermeidung von Schäden — auch im Interesse des Verpflichteten — auferlegt, und deren Verletzung etwa als unzulässige Rechtsausübung ansieht. § 254 schafft keine echte Rechtspflicht, denn ihre Erfüllung ist nicht klagbar. Aufgabe der Vorschrift ist allein, die durch das pflichtwidrige Verhalten des Beschädigten eingetretenen Nachteile auszugleichen und dadurch die Haftung des Verletzers einzuschränken. — In diesem Sinne erklärt sich auch Leonhard[18]). Er erblickt in dem Verschulden des Beschädigten nicht die Verletzung einer Rechtspflicht, sondern vielmehr eine „Aufgabe" des Beschädigten gegenüber dem Schädiger, zu der er durch das Gesetz angehalten werde. Zunächst stelle sich diese Aufgabe dar als eine „Vorbedingung für einen Rechtserwerb", da ihre Erfüllung Voraussetzung der Ansprüche des Verletzten sei. Die Erfüllung dieser Aufgabe liege aber nicht nur im Interesse des Verletzten, sondern sei vor allem darauf gerichtet, eine Verletzung der Rechtsgüter des Verletzers zu vermeiden. Damit enthalte die Aufgabe eine „Fremdsorge", d. h. eine Sorge für die Güter des Fremdschädigers. Indem der Verletzte sich die Vorbedingung für den Rechtserwerb des Schadenersatzanspruchs erhält, „schützt er zugleich seinen Schädiger vor der Belastung mit Schadensersatzansprüchen oder doch vor übermäßiger Belastung"[19]). Damit kann die Frage nach der Richtung des Verschuldens und dem Vorwurf des Beschädigten nur dahin beantwortet werden: Das Verschulden in § 254 richtet sich gegen die Rechtssphäre des Fremdschädigers und beruht in dem Umstand, daß der Verletzte die Pflicht, nach Treu und Glauben dem berechtigten Interesse des Verletzers nachzukommen — den eingetretenen Schaden möglichst gering zu halten — verletzt hat[20]). § 254 fordert also von dem Verletzten die Befolgung einer Pflicht, die ihm gegenüber einem Dritten und der Allgemeinheit obliegt und welche die menschliche Gesellschaft im Interesse der Volksgemeinschaft von jedem ihrer Mitglieder ver-

18) a. a. O. S. 184 folg.

19) a. a. O. S. 185.

20) So auch: Siebert S. 190 und die dort zitierten Siebert in JW. 1934, 2651 Dies ist wohl auch der Gedanke von Schwarz (Rechtssubjekt und Rechtszweck, Arch. Bürg.R. 32 S. 35 ff.), der in dem eigenen Verschulden in § 254 die Pflicht des Geschädigten erblickt, sein Vermögen ordentlich zu Gunsten des Vermögenszwecks zu verwalten. „Das Verschulden gegen sich selbst ist das Verschulden des Vermögensverwalters gegen den Zweck des von ihn verwalteten ermögens." Der Kern des Gedankenganges von Schwarz ist m. E. daß die Zweckdienlichkeit der Verwaltung letzten Endes danach bemessen werden soll, ob sie vom Standpunkt der Allgemeinheit aus gebilligt werden kann, die ein Interesse daran hat, daß Werte nicht unnütz, d. h. zum Schaden der Gesamtheit vernichtet werden.

langt. Auf der Verletzung dieser Pflicht beruht die Haftungseinschränkung des § 254 in Form der Herabsetzung oder Aufhebung des Schadensersatzanspruchs.

II. 1. Ist hiernach der Pflichtgedanke in § 254 ein Ausdruck der Anerkennung fremder Interessen, so entsteht die Frage, ob die Vorschrift in den allgemeinen Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken des § 242 BGB. eingeordnet werden kann.

Jedes vertragliche Rechtsverhältnis ist die Folge eines zwischen den Beteiligten bestehenden Vertrauens, daß der andere Teil die von ihm verlangte Leistung mit der im rechtsgeschäftlichen Verkehr üblichen Treue und Sorgfalt erfüllen werde. Um diese moralische Bindung zu betonen und die Parteien auch rechtlich zu verpflichten, den Anordnungen nachzukommen, von denen sie bei Abschluß des Rechtsverhältnisses ausgegangen sind, hebt das Gesetz in § 242 hervor, daß die Abwicklung nach Treu und Glauben zu erfolgen habe und schafft damit aus dem Vertragsverhältnis ein inneres Verpflichtungsverhältnis, eine Gemeinschaft. Treu und Glauben ist also „der inhaltliche Ausdruck für die innere Verbundenheit der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtsgenossen"[21]) und setzt gleichzeitig den Rahmen, in dem sich jeder Vertragsteil bei der Erfüllung seiner Pflichten halten soll, wobei wiederum der Gemeinschaftsgedanke den Umfang der zu berücksichtigenden gegnerischen Interessen bestimmt. Sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner muß sich auf Grund des dem Gegner geschenkten Vertrauens darauf verlassen dürfen, daß seine Interessen beachtet werden. Die in § 242 ausgesprochene Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen des Gegners wird damit allein von dem Gemeinschaftsgedanken getragen.

§ 242 BGB. fordert aber nicht nur, daß die Parteien sich innerhalb der durch das Rechtsverhältnis geschaffenen persönlichen Gemeinschaft in den Grenzen von Treu und Glauben zu bewegen haben. Durch den Hinweis auf die Verkehrssitte verpflichtet er die Vertragsteile, auch billige Rücksicht auf die Interessen Dritter[22]) und der Allgemeinheit zu nehmen und die in dem persönlichen Verhältnis streitenden Interessen auch mit den Normen zu vergleichen, die das äußere Verhalten im Verkehr regeln, d. h. vom Geist der Volksgemeinschaft getragen sind. Hierdurch erfolgt nach Siebert eine „Durchdringung des zweiseitigen Rechtsverhältnisses mit

21) Siebert, Verw. S. 117, vgl. S. 104, 118, 119, 129, 132, 138, 155 ff., 172 und D.R. 1934 S. 305.

22) Siebert, Verw. S. 118: „Die Interessen bestimmter (anderer) Gläubiger".

dem Gemeinschaftsgedanken"[23]).

Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet enthält § 242 die eindringliche Forderung an den Einzelnen, innerhalb eines jeden Rechtsverhältnisses sein Verhalten unter Ausscheidung eigennütziger Bestrebungen den berechtigten Interessen des anderen Teils anzupassen, wobei als Wertmesser die Interessen der Allgemeinheit zu verwenden sind.

Stellt man diesen Grundsatz des § 242 der in der Vorschrift des § 254 verankerten Pflicht zur Berücksichtigung berechtigter Interessen Dritter gegenüber, so ist die Einordnung des § 254 in den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken des § 242 nicht zu leugnen. Die in dem mitwirkenden Verschulden enthaltende Pflicht führt auf der Grundlage von Treu und Glauben zu der gleichen Gemeinschaft, wie sie durch § 242 gebildet wird und stellt dann nur einen besonderen Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben dar[24]).

2. Rechtslehre und Rechtsprechung sind darüber einig, daß § 254 dem Richter ein Billigkeitsurteil vorschreibt, da es das Gesetz „von den Umständen" abhängig macht, ob der Schaden von dem an sich Ersatzpflichtigen oder aber von dem Beschädigten selbst zu tragen oder zwischen beiden zu verteilen ist.

Auch diese Billigkeitserwägungen sind m. E. nur der Ausdruck des in § 242 enthaltenen Grundsatzes der Billigkeit.

§ 242 unterwirft die an einem Schuldverhältnis beteiligten Personen der Pflicht, die nach festgestelltem Parteiwillen oder nach der anzuwendenden Rechtsvorschrift an sich zu bewirkende Leistung so zu erfüllen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert. Zu Folge dieser beherrschenden Stellung im Recht der Schuldverhältnisse stellt es die Vorschrift darauf ab, Ergebnisse zu verhindern, die im Falle eines starren Festhaltens an dem Vertraginhalt den Anschauungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr widersprechen. Sie schützt den Schuldner vor einer mißbräuchlichen, gegen Recht und Billigkeit verstoßenden Verwendung des formell bestehenden Rechts und verhindert, daß das Recht als höchstes Gesetz zum größten Unrecht wird[25]). Der Zweck des § 242 ist also, einer lebensfremden und formalistischen Anwendung der Rechtssätze entgegenzuwirken und Billigkeitserwägungen zur Beurteilung des zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses heranzuziehen. Die Verwen-

23) a. a. O. S. 119.
24) Siebert a. a. O. S. 189, 190 und JW. 1934 S. 2651.
25) summum ius, summa iniuria.

dung des Begriffes Treu und Glauben gestattet in diesem Rahmen in besonderem Maße, die gegenüberstehenden Interessen des Einzelfalles, die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, sowie die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Folgen zu berücksichtigen. Nur auf diese Weise verkörpert § 242 den Grundsatz der Billigkeit und gebietet einen weitgehenden Interessenausgleich.

Auch das durch § 254 geschaffene Rechtsverhältnis unterliegt hinsichtlich der Schadenverteilung der Bewertung von Treu und Glauben. Seine Interessenabwägung aus Gründen der Billigkeit beruht ebenso wie die des § 242 auf dem Gedanken, daß zu Gunsten und zu Lasten jedes am Rechtsverhältnis Beteiligten die allgemeinen Grundsätze der menschlichen Verbundenheit zu berücksichtigen sind. Seine Abwägung ist also ein Ausdruck von Treu und Glauben. — Hinzu kommt, daß eine Berücksichtigung der „Umstände", von denen die Milderung oder Aufhebung der Schadensersatzpflicht über das Verschulden hinaus abhängig gemacht wird, notwendig nur unter diesem alle Schuldverhältnisse beherrschenden Begriff erfolgen kann. — Aber auch ohne den ausdrücklichen Hinweis auf die „Umstände" wäre das Billigkeitsurteil des § 254 aufgebaut auf die Billigkeitserwägungen des § 242, denn seine innere Bindung als Folge der Pflicht zur Berücksichtigung der gegnerischen Interessen und die vorhandene Gemeinschaft beruhen auf Treu und Glauben. Gerade mit Rücksicht auf den Gemeinschaftsgedanken bewirkt also § 254 eine reine Billigkeitsentscheidung im Sinne des § 242 BGB.

3. Nach dieser Grundauffassung über das Wesen des § 254 kommt man zu der Feststellung, daß eine weitgehende Annäherung im Inhalt zu der Vorschrift des § 242 besteht. § 254 ist nur „ein besonderer Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben"[26]).

Die Bedeutung dieser rechtspolitischen Zusammengehörigkeit beider Vorschriften ist unschwer zu erkennen. Enthält § 254 die gleichen Grundgedanken wie § 242, so muß er ähnlich dieser Vorschrift eine das gesamte Recht beherrschende Stellung einnehmen, also einer ausdehnenden Anwendung über das Gebiet des Schuldrechts hinaus fähig sein. Da die entsprechende Anwendung des § 242 auf Ansprüche auf absolute Rechte heute wohl grundsätzlich bejaht wird[27]), muß auch eine ausdehnende Anwen-

26) Siebert JW. 1934 S. 2651 Anm. zu 1.

27) So: Enneccerus-Nipperdey S. 696, Ennec.-Lehmann S. 5, Siebert a. a. O. S. 123 von Tuhr II S. 545, Jung in Stammlers Enzykl. S. 675, 684, Staudinger § 242 Anm. IV, Heck Schuldrecht S. 13, Heck Sachenrecht S. 127. A. M. Leonhard

dung des § 254 zunächst ohne Rücksicht auf näheres Eingehen auf die einzelnen Ansprüche unbedenklich erscheinen. Er verfolgt auf Grund der Pflicht die Interessen Dritter zu berücksichtigen, den selbständigen gesetzgeberischen Gedanken, zwischen Einzelpersönlichkeit und Gemeinschaft ein ausgleichendes Recht zu schaffen, dessen Verwirklichung für alle Rechtsbeziehungen zwingend gelten sollte, bei dem ein mitwirkendes Verschulden beachtet werden kann.

III. Welche Berücksichtigung hat nun das mitwirkende Verschulden des Beschädigten in der Rechtsprechung bisher erfahren?

Für die nach der Einführung des BGB. einsetzende Anwendung des § 254 war zunächst seine allgemeine Fassung und seine Stellung im System maßgebend. Infolge der Worte des Gesetzes ... hat bei der Entstehung eines Schadens ... hielt man die Vorschrift für eine reine Frage der Schadensersatzpflicht, die allgemein die für die Verpflichtung zum Schadensersatz geltenden Grundsätze aufstelle und ließ daher diese überall dort zur Anwendung gelangen, wo jemand aus einem sich aus dem BGB. ergebenden Grunde zum Schadensersatz verpflichtet ist. (§ 249 I BGB.) Nur wenn dem Beschädigten eine schadensersatzpflichtige Partei gegenüberstand, konnte mithin von § 254 die Rede sein und der Einwand eines mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten erhoben werden[28]). Noch in der Entscheidung in Bd. 62 S. 424 hält das R.G. an der Voraussetzung der Verteilung der Schadensersatzpflicht fest und führt aus: „Zu einem anderen Ergebnis ließe sich nur gelangen, wenn man den Rechtssatz aufstellen wollte, daß jedes Verschulden, woraus Rechtsfolgen für einen anderen abgeleitet werden, durch mitwirkendes Verschulden des anderen entkräftet oder gemindert wird." Erst in der grundlegenden Entscheidung in Bd. 71, 191 verließ das R.G. diese Auffassung und brach mit der nicht zu billigenden Ansicht, daß die sich aus § 254 ergebenden Rechtsgrundsätze nur bei Bestehen eines den anderen zum Ersatz eines Schadens verpflichtenden Umstandes anwendbar seien, indem es über den Wortlaut des Gesetzes hinaus den in § 254 innewohnenden Rechtsgedanken eine allgemeine Bedeutung zusprach, „die auch auf anderen Rechtsgebieten dann, wenn es sich um die nicht durch besondere Bestimmungen geregelte Frage des Vorliegens eines rechtlich in Betracht kommenden

S. 76 RGRK. § 242 Anm. 3. vgl. auch Rudolf Schmidt a. a. O. S. 99 ff., Oertmann S. 4 H. Lehmann, Unterl. Pfl S. 114.

28) RG. Bd. 51, 277, Bd. 53, 78 Bd. 67, 89 Bd. 62, 348.

Verschuldens handelt, Beachtung verdiene". Diese Anerkennung ermöglichte eine Recht und Billigkeit entsprechende und der Verschiedenartigkeit der Fälle sich anpassende Entscheidung. Dem Ermessen des Richters wurde hiermit ein sehr weitgehender Spielraum gegeben gemäß dem Bestreben des BGB., das Recht im Anschluß an die Lebensverhältnisse fortzubilden und vornehmlich dem wirtschaftlich Schwachen zu helfen. In Verfolg dieser Rechtsauffassung wurde daher ein mitwirkendes Verschulden beim Wandlungsanspruch[29]), bei der Schadensverteilung unter Gesamtschuldnern[30]), und bei von beiden Teilen verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit berücksichtigt[31]).

Trotz dieser bedeutsamen Entwicklung ist jedoch die Rechtsprechung wie auch die Rechtslehre in der Folgezeit wegen der Stellung des § 254 im System des bürgl. Rechts über eine Anwendung der Vorschrift bei obligatorischen Rechten, bezw. obligatorischen Ansprüchen kaum hinaus gekommen. Blickt man auf die Eingliederung der Bestimmung im BGB., so könnte man in der Tat auf den Gedanken kommen, daß sie nur dort Geltung haben könne, wo der Inhalt eines Schuldverhältnisses in Frage steht, da eine Billigkeitswirkung im allgemeinen nur soweit geht, als das System der Rechtsordnung dies gestattet[32]).

Die Frage, ob § 254 auch auf Ansprüche aus absoluten Rechten Anwendung findet, die gegen verbotene Eingriffe Dritter gewährt sind, ist daher kaum berührt worden. Es wurde im Gegenteil eine entsprechende Anwendung abgelehnt, was in der strengen Auslegung des § 254 seinen Ursprung haben mochte, die ohne Rücksicht auf den tieferen Sinn der Vorschrift nicht das entwickelte Gesetz gelten ließ, sondern das, was der Gesetzgeber nach seiner Gesetzesbegründung etwa bezweckt haben mochte. Aber auch das vorausschauende Denken des Gesetzgebers ist nicht imstande, die künftigen Möglichkeiten der Lebens- und Wirtschaftsgestaltung zu überblicken und die Tragweite der einzelnen Gesetzesbestimmungen abzumes-

---

29) RG. Bd. 56, 276, Bd. 71, 187 Recht 20 Nr. 2302, JW. 04, 140 RG. Bd. 54, 225.

30) RG. Bd. 75, 25 Bd. 75, 251 Bd. 84, 332 Bd. 91, 278 Bd. 92, 407 Bd. 93, 97, JW. 12, 71 JW. 14, 922 JW. 15, 22 Warneyer 1911 Nr. 394, Gruch. 59, 354.

31) RG. d. 94, 140 JW. 09, 414 JW. 19, 308.

32) Als solches sieht das BGB. allerdings auch die Beziehung des Ersatzpflichtigen zu dem Beschädigten aus unerlaubten Handlungen an. (Vgl. RG. Bd. 76, 313 Salinger in LZ. 1919 S. 1159, Recht 04 Nr. 2590, wonach es gleichgültig ist, ob der Rechtsgrund in der Verletzung einer Verbindlichkeit oder in einer unerlaubten Handlung liegt oder ob er ein rein objektiver ist).

sen. Die Rechtsprechung übersah daher zunächst, daß in jedem Gesetze sich Ansätze für Rechtsbildungen und Rechtsauslegungen finden, an die der Gesetzgeber nicht im entferntesten gedacht hat. — Endlich mag auch die sehr verschiedenartige Auffassung über das Wesen und den Inhalt der obligatorischen und der sich aus absoluten Rechten ergebenden Ansprüche die Ursache für die Ablehnung einer Anwendung gewesen sein[33]). Will man daher die Frage der Anwendbarkeit des § 254 auf Ansprüche aus absoluten Rechten betrachten, so ist notwendigerweise zunächst zu fragen, ob ihr systematische Hindernisse entgegenstehen. Den Ausgangspunkt der Erörterungen muß also die Untersuchung der Unterschiede zwischen Ansprüchen aus Schuldrechten und absoluten Rechten bilden mit der Findung eines allgemeinen Satzes, daß die Anwendung der im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse eingegliederten Vorschriften grundsätzlich auf Ansprüche aus absoluten Rechten zulässig ist und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Rechte im BGB. oder in Sondergesetzen geregelt sind.

Für die Untersuchung der Anwendbarkeit kommen in der Hauptsache drei Arten von Ansprüchen in Betracht: I. Die aus den absoluten Rechten entspringenden Schadensersatzansprüche. (Z. B. § 989 BGB. §§ 990, 989, 987 Abs. II, §§ 990, 987 Abs. II BGB. § 35 Pat.Ges., §§ 36, 37 d. Ges. betr. das Urheberrecht, § 9 des Ges. betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, § 14 UWG. § 14 Warenz.Ges.) II. Die Ansprüche des Eigentümers auf Herausgabe der Sache und der Nutzungen. III. Die dem Inhaber von absoluten Rechten gegen verbotene Eingriffe Dritter zustehenden Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, die Grundlage von Schadensersatzverpflichtungen nicht bilden und auf einer im Gesetz begründeten objektiven Haftbarkeit (Kausalhaftung) beruhen.

Freilich muß man sich von vornherein darüber klar sein, daß es sich bei den Ansprüchen, die eine Schadensersatzpflicht nicht zum Gegenstand haben, nur um eine entsprechende Anwendung, um eine Analogie handeln kann. In dieser Hinsicht wird daher zu prüfen sein: Die Ergänzungsfähigkeit und das Ergänzungsbedürfnis im Rahmen des § 254, d. h. ob die Ergänzung durch diese Vorschrift eine sinnvolle und praktisch erfreuliche Lösung schafft oder ob die von der Rechtsprechung teilweise bereits

33) vgl. RG. Bd. 93, 283.

gebildeten Rechtsbegriffe den Anforderungen des Lebens gerechter werden[34]).

Auf die Ansprüche der unter I genannten Gruppe wird die Anwendung ohne besondere Schwierigkeit wegen der stetigen Gleichheit von Schadensersatzansprüchen erfolgen können, nachdem einmal die grundsätzliche Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts auf Ansprüche aus absoluten Rechten bejaht ist.

Bei den Herausgabeansprüchen des Eigentümers wird allein festzustellen sein, ob aus Gründen der Rechtsähnlichkeit des Zweckes und des Zieles zwischen Schadensersatz- und Herausgabeanspruch die analoge Anwendung geboten ist, d. h. ob die vom Gesetz gestattete Berücksichtigung der Interessenlage die Anwendung begründet.

In der dritten Gruppe wird im Rahmen der Ergänzungsfähigkeit einmal zu untersuchen sein, ob § 254 gemäß den ihm innewohnenden allgemeinen Rechtsgedanken des Interessenausgleichs, die über das Gebiet des Schadensersatzrechts hinausreichen, hier überhaupt noch zur Anwendung gelangen kann, obwohl eine Grundlage für eine Schadensersatzpflicht nicht gegeben ist. — § 254 setzt seinem Wortlaut nach ein Verschulden voraus. Es wird daher bei diesen auf reiner Kausalhaftung beruhenden Ansprüchen in den Fällen, in denen der Verursachung nicht ein Verschulden, sondern lediglich ein Verursachen gegenübersteht, zu fragen sein: Kann das Verschulden hier als Verursachung verstanden werden, sodaß derjenige, der ohne Verschulden haftet, nur darzutun braucht, daß der Gegner den Eintritt der Rechtsfolge verursacht hat, um eine Herabsetzung seiner Haftung zu erreichen? Darf der Schädiger, der selber haftet, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, im Rahmen des § 254 billigerweise verlangen, daß auch der Gegner hinsichtlich des eigenen Verhaltens mit strengerem Maß gemessen wird?

Die Grundlage der Untersuchung muß dabei das vom Staate geschaffene und übernommene Gesetz sein. Für die Bewertung des Interessenausgleichs ist aber allein das herrschende Gegenwartsempfinden maßgebend.

---

34) ähnlich: Hildebrandt a. a. O. S. 355.

Zweiter Teil.

I. Vergleich der obligatorischen Ansprüche mit den Ansprüchen aus absoluten Rechten.

1. Die grundlegendste Unterscheidung der herrschenden Lehre im System der subjektiven Rechte ist die Einteilung in absolute und relative (obligatorische) Rechte. Aus ihnen erwachsen als Folgeerscheinung die Ansprüche, die als Voraussetzung einer jeden Klage die Grundlage des Rechtsschutzes bilden. Jeder Anspruch ist also mit dem ihm zu Grunde liegenden Recht verbunden, er kann nur in Beziehung mit dem Recht gedacht werden. Aus dieser Verbundenheit folgt notwendig, daß die Ansprüche ihrem Ursprung nach verschieden sein müssen. Diese Unterscheidung ist zwingend. Es kann gegen sie nicht eingewendet werden, daß auch obligatorische Ansprüche aus absoluten Rechten entspringen. (Z. B. §§ 823, 897 ff. BGB.) Diese Ansprüche sind zwar ihrem Inhalt nach schuldrechtlicher Natur; ihre Quelle ist jedoch das absolute Recht. Für den Ursprung aller Ansprüche ist die Frage nach ihrer rechtlichen Natur ohne Bedeutung.

2. Die Verbundenheit zwischen Recht und Anspruch ist aber nicht nur für den Ursprung von Erheblichkeit, sie drängt auf Klärung der Frage, in welchem Verhältnis der Anspruch zum Recht steht.

a) Bei den obligatorischen Rechten fallen Recht und Anspruch zusammen. Nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung in § 194 BGB. ist der Anspruch das Recht auf ein Tun oder Unterlassen einer bestimmten Person gegenüber, d. h. dasselbe, was den Inhalt des Schuldverhältnisses bildet und im Sinne des Gesetzes eine Leistung ist. (§ 241 BGB.) In diesem Sinne muß das Forderungsrecht, da es bereits auf die Bewirkung einer Leistung eingestellt ist, inhaltlich auf einen Anspruch gerichtet sein. Beide sind das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, bezw. zu fordern. Ein Unterschied zwischen „Verlangen" und „Fordern" besteht inhaltlich aber nicht. Ist daher eine Forderung vorhanden, so ist damit auch ein Anspruch gegeben, d. h. mit der Entstehung des Schuldverhältnisses entsteht auch der Anspruch. Forderungsrecht und Anspruch sind also identische Begriffe[1]). Dies war auch der Gedanke

1) So die herrsch. M.: Hellwig S. 5, Endemann S. 452, Windscheid-Kipp I § 43 S. 160 vgl. Regelsberger Pand 7 § 52 S. 215. Nipperdey § 204 S. 679 Planck I S. 506, Maenner, Sach.R. 1906 S. 6, Heck, SchuldR. 1929 § 1, Henle, Lehrb. d. bürg. R. allg. T. 1926 S. 24, Biermann S. 108, Lehmann, Unterl.Pfl. S. 77.

des Gesetzgebers, da nach den Mot. I, 291 das obligatorische Recht in dem Anspruch aufgeht, den es erzeugt. Trotz dieser Erkenntnis benutzt das Gesetz jedoch die Ausdrücke Forderungsrecht und Anspruch nicht in gleicher Weise[2]), sondern spricht von Forderungsrechten fast ausnahmslos[3]) im zweiten Buch des BGB.

Eine andere Meinung erkennt das soeben geschilderte Verhältnis des Anspruchs zum obligatorischen Recht nicht an[4]). Sie fordert für die Entstehung des Anspruchs aus dem Forderungsrecht dessen Fälligkeit. So sagt z. B. Crome: „Bei relativen Rechten kann von einem Anspruch erst die Rede sein, wenn der Verpflichtete sofort zu leisten hat." Dieser Einwand vermag m. E. nicht durchzugreifen. Zum „sofort leisten" ist man nur bei Fälligkeit des Anspruchs verpflichtet. Nach dieser Ansicht gäbe es also überhaupt keine „nichtfälligen" Ansprüche. Dies widerspricht ohne Zweifel dem Willen des Gesetzes; fordert doch § 273 BGB. ausdrücklich einen „fälligen" Anspruch als Voraussetzung der Zurückbehaltung, so daß diese Regelung widersinnig wäre, wenn es keine nichtfälligen Ansprüche gäbe. Ich bin daher mit Endemann der Ansicht, daß der Anspruch bereits besteht, wenn das Forderungrecht endgültig begründet ist.

b) Bei den Ansprüchen aus absoluten Rechten fallen Anspruch und Recht nicht zusammen.

Wie bereits festgestellt wurde, ist jeder Anspruch im Sinne des BGB. das Recht, ein Tun oder Unterlassen von einer bestimmten Person zu verlangen. Dieser von vornherein Verpflichtete fehlt bei dem absoluten Recht; es gewährt lediglich die Befugnis, mit dem Rechtsgut beliebig zu verfahren und unbefugte Einwirkungen Dritter abzuwehren, zu verbieten.

Diese gegen alle gerichtete Befugnis ist jedoch kein Anspruch im Sinne des BGB.[5]), denn ein Recht, von einer unbestimmten Vielheit von Personen die Unterlassung von Einwirkungen zu verlangen[6]), ein „gegen die ganze Menschheit gerichteter Anspruch gegen jedermann"[7]) schafft noch

2) Dies ist von Leonhard vorgeschlagen worden. (Zeitschr. f. Ziv. Proz. 15, 327 ff., 339).

3) Ausnahmen: §§ 2174, 2176 BGB.

4) Crome S. 509, Kohler in Grünhuts Z. 14; 9 ff., Langheineken S. 24, Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905, S. 30 ähnlich Staudinger zu § 194 S. 769.

5) So: Nipperdey S. 677, Crome, I S. 159, Endemann I S. 452, Regelsberger, Pand. I 213.

6) Dies behaupten Cosack, 4. Aufl. I 264, Hellwig S. 25, Langheineken S. 26.

7) Windscheid-Kipp I 1184.

kein Rechtsverhältnis zwischen bestimmten Personen[8]).

Es gibt keinen Anspruch ohne einen für den einzelnen Fall bestimmten Gegner. Wer sich im ruhigen Besitz und Genusse seines absoluten Rechts befindet, hat keinen Anspruch. Dieser entsteht vielmehr erst durch den widerrechtlichen Eingriff einer bestimmten Person in das Recht, durch „ein dem absoluten Recht widersprechendes Verhalten eines anderen"[9]). Erst im Augenblick der Verletzung erwächst dem Rechtsinhaber also die Befugnis, von einem bestimmten Dritten die Herstellung des seinem Recht entsprechenden Zustandes zu verlangen, d. i. der Anspruch im Sinne des BGB. Dieser muß aber von dem zugrundeliegenden absoluten Recht — gerade wegen dessen absoluter Wirkung — scharf unterschieden werden.

3. Das abweichende Verhältnis der Ansprüche zu ihren Rechten hat indessen keine Bedeutung für das Wesen der Ansprüche selbst. — Da nur dem absoluten Recht die Beziehung gegen eine bestimmte Person fehlt, folgt hieraus zwingend, daß ein Unterschied zwischen obligatorischen Ansprüchen und Ansprüchen aus absoluten Rechten in der Richtung nicht bestehen kann. Das absolute Recht selbst richtet sich gegen jedermann; es ist unpersönlich. Die aus ihm entspringenden Ansprüche richten sich aber — ebenso wie die obligatorischen — immer nur gegen einen bestimmten Gegner.

Es ist allerdings der Versuch gemacht worden, dem obligatorischen Anspruch vermöge eines Achtungsgebotes gegen jedermann eine absolute Wirkung beizumessen, indem man ihm die Auslösung zweierlei Ansprüche zuschreibt, nämlich auf Rechtsschutz und auf Erfüllung des Rechtsinhalts. Der Anspruch auf Erfüllung des Rechtsinhalts solle nur gegen den betreffenden Antragsgegner gerichtet sein, der Anspruch auf Rechtsschutz aber gegen die Allgemeinheit[10]). Diese Ansicht kann jedoch selbst im Falle der Anerkennung der Teilung des Forderungsrechts für das Wesen der Ansprüche aus absoluten und obligatorischen Rechten nicht von Be-

---

8) Es kann auf eine eingehende Darstellung der verschiedenen Meinungen verzichtet werden, da sie genugsam in der Literatur erörtert und für das Wesen der Ansprüche gleichgültig sind. (Erschöpfende Literaturangabe bei Lehmann, Unterl.Pfl. S. 107).

9) Nipperdey S. 677, 681.

10) So: Hämmerle a. a. O. S. 681 ff., 691; ähnlich bereits: Bähr, zur Zessionslehre, Iherings Jahrb. Bd. I, 351 ff., 483, Neuner Priv.R. verh. S. 70 ff., 134, 149, 151, 152, 166; erschöpfende Literaturangaben bei Siebert Treuh.Verh. S. 149 ff., 152 ff. Vgl. auch Hold v. Ferneck S. 127, 220 ff. 234, der alle subjektiven Recht für obligatorisch hält.

deutung sein, denn die Teilung des Forderungsrechts müßte notwendig dazu führen, daß der Anspruch auf Rechtsschutz wegen seiner Richtung gegen jedermann als Anspruch im Sinne des BGB. (§ 194) nicht angesehen werden könnte, also mit dem Forderungsrecht nicht identisch wäre. Für seine Entstehung müßte dasselbe gelten wie für jeden Anspruch auf einem absoluten Recht. Erst durch Konkretisierung des Rechtsschutzes gegenüber einem Einzelnen würde eine Befugnis gegen eine bestimmte Person, d. h. ein Anspruch i. S. des § 194 entstehen. Dies ergibt sich aus der relativen Natur eines jeden Anspruchs. Die Richtung des Anspruchs selbst — dieser steht lediglich zur Untersuchung — müßte daher auch in diesem Falle dieselbe sein wie bei dem Anspruch aus absoluten Rechten, denn die Richtung oder Wirkung des Rechts hat auf die Richtung des aus ihm entspringenden Anspruchs keinen Einfluß. Eine eingehende Darstellung des Streites erscheint daher nicht geboten. — Es gibt keinen Anspruch ohne einen konkret bestimmten Verpflichteten. Verschieden ist nur die Bestimmung des Gegners. Bei den obligatorischen Ansprüchen ist dessen Person durch das Forderungsrecht selbst in dem Schuldner gegeben. Die Bestimmung beruht also auf der Vereinbarung der Parteien. Für die Ansprüche aus absoluten Rechten wird dagegen der Gegner erst durch die Störung des absoluten Rechts ermittelt, unabhängig von dem Willen der sich später gegenüberstehenden Parteien. — In der Richtung besteht also eine weitgehende Aehnlichkeit der Ansprüche aus obligatorischen und absoluten Rechten.

4. Aus der Tatsache, daß der obligatorische Anspruch bereits mit der Entstehung des Forderungsrechts vorhanden und mit ihm identisch ist, während der Anspruch aus absoluten Rechten erst durch ein dem absoluten Recht widersprechendes Verhalten eines anderen entspringt, folgt ein weiterer, aber auch letzter wesentlicher Unterschied zwischen beiden Arten von Ansprüchen: **Die Abhängigkeit des absoluten Anspruchs von dem ihm zugrunde liegenden Recht — gegenüber der Selbständigkeit des obligatorischen Anspruchs**[11]). Er dient nur „zur Durchführung eines anderen Rechts." — Ohne absolutes Recht ist kein Anspruch gegeben. Er ist daher nur ein Ausfluß des Rechts und führt keine selbständige Existenz neben ihm, sondern steht und fällt mit ihm. Der Untergang des Rechts muß also den Untergang des Anspruchs zur Folge haben, selbst wenn dieser

11) Vgl. Enneccerus-Lehmann S. 3, Nipperdey S. 203 und § 204 III S. 681.

abgetreten worden ist[12]). Diese Unterscheidung kann nicht als unerheblich angesehen werden, wie Wendt ausführt[13]). Es muß zwar zugegeben werden, daß auch bei obligatorischen Ansprüchen Fälle von Abhängigkeit möglich sind, so z. B. bei den der Mitgliedschaft entspringenden Ansprüchen oder auf Zinsen beim Darlehn, sowie bei der Vertragsstrafe. Doch sind diese von Natur mit dem Hauptanspruch verbundene Nebenansprüche[14]).

Für ihr Bestehen muß daher jede Aufhebung, jeder Erlaß des Hauptanspruchs bestimmend sein. Auch ist bei ihnen im Gegensatz zu den Ansprüchen aus absoluten Rechten meist die Abhängigkeit irgendwie kenntlich gemacht[15]), und damit hervorgehoben, daß es sich nur um Ausnahmen entgegen der sonst zulässigen Geltendmachung von obligatorischen Ansprüchen handelt.

5. Eine andere Lehre, die insbesondere von Tuhr[16]) vertreten wird, will einen Unterschied im Zweck sehen: Der obligatorische Anspruch diene dazu, „eine dem Berechtigten günstige Verschiebung zwischen den Rechtskreisen des Gläubigers und Schuldners herbeizuführen", während bei dem Anspruch aus absoluten Rechten nichts anderes verlangt werde, als „die Beseitigung des Hindernisses, welches der Ausübung der Herrschaft des Berechtigten entgegenstehe", d. h. die Einhaltung des dem absoluten Recht entsprechenden Zustandes. — Diese ausdrückliche Betonung eines nur — dynamischen und nur — statischen Moments ist m. E. nicht gerechtfertigt.

Es trifft zwar zu, daß grundsätzlich dem Wesen der Ansprüche aus absoluten Rechten eine Vermögensverschaffung zuwider ist, denn der Herausgabeanspruch, der aus dem absoluten Eigentumsrecht entspringt, bewirkt keine Vermögensverschiebung zu ungunsten des Verpflichteten, weil sich das Recht in seinem Vermögen nicht befunden hat. Ebenso kann man nicht sagen, daß die Erfüllung der den absoluten Rechten eigentümlichen Unterlassungsansprüchen aus dem Vermögen des Verpflichteten geht. Dieser Ansicht ist auch Hellwig, wenn er darauf hinweist, daß die Einhaltung des dem absoluten Recht entsprechenden Zustandes „den Bestand der

12) So auch: Wendt, Ziv.Arch. 100, 398, Oertmann, Ziv. Arch. 113, 64 und Komm. S. 3.

13) Vgl. auch Rümelin Ziv. Arch. 68, 190.

14) Also Nebenforderungen, deren Existenzbegriff notwendig durch die Existenz jener anderen Hauptforderung bedingt ist. Wurzer S. 61.

15) z. B. in den §§ 38, 339, 608 I. Halbs. BGB.

16) Vgl. von Tuhr I S. 240 ff., 245, Oertmann II 1 Vorb. zu § 241, 3 c, Hellwig S. 29, Hölder, Komm. z. BGB.1898, zu § 221 u. Ziv. Arch. 93, 21.

Vermögensrechte des Verpflichteten" nicht verringere[17]). Die alleinige Innehaltung des dem absoluten Recht entsprechenden Zustandes und seine Verwirklichung ist m. E. jedoch nur eine scheinbare Besonderheit dieser Ansprüche; denn auch die schuldrechtlichen gehen nicht immer auf eine dem Berechtigten günstige Rechtsverschiebung. So greift z. B. der Verleiher, der den schuldrechtlichen Anspruch aus § 604 BGB. auf Rückgabe der geliehenen Sache erhebt, keineswegs in eine fremde Rechtssphäre hinüber, um aus derselben einen Vorteil für sich zu erlangen. Ebensowenig führt der schuldrechtliche Rückforderungsanspruch bei der Verwahrung und der Rückgabeanspruch bei der Miete eine dem Berechtigten günstige Verschiebung zwischen den Rechtskreisen der Beteiligten herbei. Das Gleiche gilt für die Bereicherungsansprüche. Diese sind insoweit zum Schutze des Vermögens bestimmt, als sie gegen jeden gegeben werden, dem aus dem Vermögen eines anderen ohne rechtlichen Grund eine Bereicherung entstanden ist. Ihr Zweck ist daher nicht dynamisch. Sie stellen nur den vom Rechte geforderten Zustand wieder her und gewähren daher keinen weiteren Schadenersatz. —

Endlich seien die Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen genannt, die nur zum Schutze des Eigentums, sowie anderer absoluter Rechte bestehen und keine Verschiebung zwischen den Rechtskreisen des Berechtigten und Verpflichteten herbeiführen. — Das Ziel aller dieser Ansprüche geht also auf die Herstellung des vom Recht gewünschten, dem Rechtsgut entsprechenden Zustandes, obwohl sie obligatorischer Natur sind.

Eine weitere Uebereinstimmung im Zweckmoment der obligatorischen und der Ansprüche aus absoluten Rechten zeigt sich schließlich in dem Grundsatz der Naturalrestitution, der beiden Arten gemeinsam ist: Wenn ich eine fremde Sache beschädige, bin ich verpflichtet, sie auszubessern — genau so, wie ich eine Störung beseitigen muß, die ich hervorgerufen habe.

Das Ergebnis vorstehender Erörterung ist daher: Alle privatrechtlichen Ansprüche verfolgen zunächst einmal statische Ziele. Darüber hinaus dient jedoch ein Teil der obligatorischen Ansprüche ferner der Verschiebung der Rechtslage zwischen den Beteiligten. Dieser Unterschied im Zweck ist aber zu gering, um für das Wesen der obligatorischen und der Ansprüche aus absoluten Rechten von Bedeutung zu sein.

---

17) Hellwig, Lehrb. I 285. Vgl. auch Oertmann Komm. S. 1: „Die Ansprüche werden Forderungsrechte, wenn der Anspruch nicht mehr auf Herstellung des dinglichen Rechts allein, sondern auf eine besondere Leistung gerichtet ist.

6. Aus der Feststellung, daß die Ansprüche aus absoluten Rechten grundsätzlich nur auf Herstellung des dem Recht entsprechenden Zustandes gerichtet sind, während die obligatorischen Ansprüche darüber hinaus eine Vermögensverschiebung, eine Leistung bezwecken, folgt notwendig die Frage, ob sie sich inhaltlich von einander unterscheiden oder ob beide Ansprüche eine Leistung zum Gegenstand haben.

In der Tat hat von Tuhr behauptet[18]), daß eine positive Leistungspflicht dem Begriff des Anspruchs aus absoluten Rechten zuwider sei und daß er daher nicht auf ein Tun, sondern nur auf ein dem Recht entsprechendes Unterlassen, auf ein bloßes Dulden der Rechtsbetätigung gehen soll. Diese Anschauung schien für die Grunddienstbarkeiten bestätigt durch den Satz des römischen Rechts: „servitus in faciendo consistere non potest". Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß es auch im römischen Recht bereits eine servitus oneris ferendi gab. — Allein auch ohne das Vorhandensein dieser Ausnahme könnte der genannten Lehre nicht gefolgt werden. Die sie vertretenden Anhänger haben gemeinsam, daß sie von dem Begriff des Unterlassens ausgehen. Ausgangspunkt muß jedoch in jedem Falle der Begriff der Leistung selbst sein. Das BGB. gibt keine Erklärung über die Leistung. § 241 sagt lediglich, daß kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt sei, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern und weiter heißt es dann: Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. Hieraus folgt, daß sie ganz allgemein ein Verhalten des Schuldners ist, zu dessen Forderung der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist. Auch der Anspruch des § 194 geht mithin auf eine „Leistung". Gleichzeitig ist aber aus der Formulierung in § 241 Satz 2 BGB. ohne weiteres ersichtlich, daß ihr ein positives Moment nicht wesentlich sein kann; sie muß vielmehr im weiteren Sinne als Beobachtung des anbefohlenen, teils positiven, teils negativen Verhaltens angesehen werden, als „die erforderliche Geistes- und Willensanspannung, die der Verpflichtete sich zumuten muß, um den vermittels seines Verhaltens erstrebten Erfolg zu verwirklichen"[19]). Diese Erkenntnis mag gegen das Sprachgefühl verstoßen, welches in dem Wort „Leistung" stets ein

18) Tuhr I, 245 ff., 250, II 2 S. 47, vgl. auch Thon, R. norm. und subj. R. S. 180 Staub in bürg. Arch. 5, 19 und 25, Hellwig, Lehrb. I 217, OLGE. 25, 205 ff., Winscheid-Kipp S. 184 N. 3, Cosack I S. 440 7. Aufl. 1922, Oertmann Komm. S. 1 Regelsberger, Pand. I 206, Stammler, R. d. Schuldverh. S. 9, Zitelmann, intern. Priv.R. II 234.

19) Lehmann, Unterlassungspflicht S. 53, 56, 57.

positives Bewirken erblickt. Dem Gesetz ist sie nicht zuwider. Der Inhalt eines jeden subjektiven Rechts — gleichgültig ob relativ oder absolut — erschöpft sich in der Beobachtung des vom objektiven Rechte angesonnenen Verhaltens. Haben wir aber ein solches Verhalten ganz allgemein als Leistung bezeichnet, so besteht kein Grund mehr, die Leistungspflicht allein dem obligatorischen Anspruch als eigentümlich zuzuschreiben, sondern auch „die durch das absolute Verbot anbefohlene Unterlassung ist Gegenstand der Leistungspflicht“[20]).

Daß die Ansicht von Tuhr nicht zutreffend ist, zeigt insbesondere der den absoluten Rechten entspringende Beseitigungsanspruch, sowie der Herausgabeanspruch des Eigentümers. Der Beseitigungsanspruch geht auf Beseitigung des dem Eigentum widersprechenden Zustandes auf Kosten des Störers, d. h. auf Wiederherstellung. Sein Ziel ist also nicht ein Unterlassen, sondern eine positive Handlung[21]). Auch der Herausgabeanspruch aus dem Eigentum besteht in einer positiven Leistung. Er geht allerdings als Anspruch aus einem absoluten Recht nur auf Herstellung des dem Eigentum entsprechenden Zustandes. Doch richtet er sich, wenn er einmal durch Verletzung des Rechts entstanden ist, auch gegen eine bestimmte Person, ist also die Befugnis, von einem anderen etwas zu verlangen. (§ 194 BGB.) Er kann daher ohne weiteres ein Unterlassen zum Gegenstand haben. — Auch die Motive (III 398) bemerken hierzu: „Wollte man den dinglichen Anspruch lediglich auf eine Unterlassung — des ferneren Besitzes oder der ferneren Innehabung — gehen lassen, so würde man den Inhalt des Anspruchs zu eng fassen, denn mit der bloßen Unterlassung ist dem Eigentümer noch nicht ein sicherer Weg zur Herstellung des seinem Recht entsprechenden Zustandes eröffnet.“ Die Motive begründen diese Auffassung damit, daß der zur Herausgabe Verpflichtete den Besitzwillen aufgeben müsse und zwar durch eine Erklärung

---

20) Lehmann a. a. O. S. 54. vgl. auch S. 96: Leistung bedeutet nicht mehr als Beobachtung der anbefohlenen, teils positiven, teils negativen Verhaltens.“ vgl. auch Lesser: Der Inhalt der Leistungspflicht. 1909, S. 15 ff. Dabei ist es nicht erforderlich, daß die Leistung einen Vermögenswert besitzt. Dies wird z. B. von Sohm in: Grünh. Z. Bd. 4 S. 457 ff. für die Forderung verlangt. Ein solcher kann zwar der Leistung innewohnen, nämlich insoweit eine Rechtsverschiebung zugunsten des Berechtigten eintritt. Doch gibt es auch bei persönlichen Ansprüchen Fälle, in denen eine Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten nicht eintritt, z. B. die Herausgabeansprüche aus Miete, Leihe, Verwahrung. Vgl. hierzu Langheineken S. 49, Lehmann a. a. O. S. 55, Staudinger II, 1, Einl. S. 15 Nr. 8 — Wendt, Ziv. Arch. 92; 41 ff.

21) So: Schimtd a. a. O. S. 4.

gegenüber dem Eigentümer. Dazu gehöre auch, die Sache in den Bereich der unmittelbaren Wahrnehmung und der möglichen Gewalterlangung zu bringen. — Man wird sich diesen Ausführungen nicht verschließen können. Der Verpflichtete muß bei der Herausgabe mitwirken. Der Anspruch ist nicht schon damit erfüllt, daß dem Berechtigten die Herausgabe nicht verweigert wird. Dies zeigt allein der Vergleich mit den Ansprüchen aus den §§ 867 und 1005 BGB. Diesen gegenüber geht der Herausgabeanspruch bereits nach dem Wortlaut auf mehr als ein bloßes Gestatten der Wegnahme[22]). Der Besitzer ist also positiv verpflichtet, das Seinige zu tun, um die Sache wieder in den Besitz des Eigentümers gelangen zu lassen. Zwar wird er meist dieser Pflicht dadurch genügen, wenn er die Sache an einem geeigneten Orte — etwa an dem sie sich z. Zt. der Erhebung der Klage befunden hat[23]) — zur Abnahme bereit hält, sodaß der Eigentümer den unmittelbaren Besitz ergreifen kann. Eine Bringpflicht besteht jedoch für den Besitzer nicht. Die Ansicht von Dernburg[24]), daß der Besitzer die Sache dem Eigentümer auf dessen Kosten und Gefahr zu schicken habe, ist daher abzulehnen. Ein derart weitgehendes Verhalten in vorgeschriebener positiver Form besteht lediglich bei der Bewilligung der Eintragungsänderung im Falle der ungerechtfertigten Grundbucheintragung. (§ 894 BGB.) Insoweit erkennt auch von Tuhr (I S. 247 ff., 250) die Verpflichtung zu einer positiven Leistung an. Doch will er darin nur eine Ausnahme finden. Es mag dahingestellt bleiben, ob die förmliche Verpflichtung bei der Grundbuchberichtigung eine Ausnahme darstellt, denn schon aus der Mitwirkung des Besitzers durch Bereitstellen der Sache ergibt sich, daß der Herausgabeanspruch auf mehr „als auf Duldung der Wegnahme durch den Eigentümer"[25]) geht, d. h. auf eine positive Leistung gerichtet ist[26]). Ist somit dargetan, daß die Ansprüche aus absoluten Rechten ebenfalls eine Leistung bewirken, so besteht kein Anlaß

---

22) Vgl. dagegen RGRK. § 985, 3. Dort wird der Inhalt des Herausgabeanspruchs unter Feststellung der Verschiedenheit der Voraussetzungen dem Abholungsanspruch gleichgesetzt. (Ebenso: von Tuhr I S. 248).

23) Entsprechend § 269 BGB. — So: Wolf § 84 III.

24) Sachenrecht S. 350 § 119, 7 — ähnlich Hellwig S. 28.

25) Wolff § 84 III Anm. 8.

26) Ebenso: Hellwig S. 28, Maenner S. 224, Wächter, Hdb. d. Württbg. PrivR. II, 346 Zif. 6 S. 296, Stälin S. 53, Biermann S. 108, Schönfeld a. a. O. S. 241, Fuchs: Die Grundbegriffe des Sachenrechts 1917 S. 108. — In der Begründung abweichend: Elzbacher, Die Handlungsfähigkeit I. Bd. 1903 S. 271, Nipperdey § 204 S. 681, Endemann S. 578.

mehr, sie im Inhalt von den obligatorischen Ansprüchen zu unterscheiden[27]).

Die Motive (III S. 398) betonen daher zu Recht, daß der Inhalt der Leistung beim Herausgabeanspruch des Eigentümers derselbe ist, wie der Rückforderungsanspruch des Vermieters oder Verleihers[28]). Ebenso zeigt der Anspruch aus § 985 mit dem Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung größte Aehnlichkeit[29]). Freilich wird in einzelnen Fällen der Umfang und die Art der Leistung wegen deren weitgefaßten Begriffes gewisse Abweichungen ergeben. Doch darf man es auf diese geringen Unterschiede nicht abstellen, da „der Inhalt eines Anspruches insofern immer derselbe ist, als er auf eine Leistung oder Unterlassung geht"[30]).

7. In einem andern Sinne, als alleinige Aussonderungsfähigkeit der Ansprüche aus absoluten Rechten (insbesondere des Herausgabeanspruches aus § 985 BGB.) im Konkurse will von Tuhr[31]) einen durchgreifenden Unterschied zu den obligatorischen Ansprüchen finden. Diese Ansicht trifft indessen nicht zu. Es muß zwar zugegeben werden, daß in der Regel der obligatorische Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann und daß der Herausgabeanspruch des Eigentümers als Urfall der Aussonderungsansprüche einem absoluten Recht entspringt. Dies vermag indessen einen Unterschied zwischen den obligatorischen und den Ansprüchen aus absoluten Rechten nicht zu begründen. — Maßgebend für die Aussonderungsmöglichkeit ist nicht die Art der Ansprüche, sondern vielmehr, daß dem Berechtigten ein Recht zusteht, welches eine Zugehörigkeit zu seinem Vermögen vermittelt, d. h. den Tatbestand eines Ausschlußrechts einschließt[32]). Diese Rechtslage kann aber sowohl bei Ansprüchen aus absoluten Rechten, als auch bei obligatorischen Ansprüchen vorhanden sein. (§ 43 K.O.)

---

27) Ebenso Staudinger II, Einl. S. 12, Langheineken S. 50, Hellwig Lehrb. I S. 217, Sohm, Der Gegenstand S. 31 Nr. 18 im wesentlichen ebenso: Siber, Rechtszw. S. 95, 139, Planck II 1 S. 13, 15, 16, Siber, Schuldr. 1931 S. 5, Affolter: System d. dt. bürgl. Uebergangsrechts, Leipzig 1903 S. 139. A. M.: Oertmann Komm. § 241, 3 und JR. 1931, 1 ff.

28) So: RG. Bd. 1105, 85 ff. — aber Bd. 115, 31 ff.

29) vgl. Jung in Stammlers Enzykl. S. 759.

30) Schönfeld a. a. O. S. 241.

31) v. Tuhr a. a. O. S. 247.

32) vgl. Grunsfeld, Widerspruchs- und Aussonderungsklage kraft obligatorischen Rechts, S. 13, 15, 16, 17 und die dort Zitierten. a. M. die h. L.; die nur Nichtzugehörigkeit zum Vermögen des Gemeinschuldners fordert.

Bei den Ansprüchen aus absoluten Rechten ist stets der Tatbestand der Vermögenszugehörigkeit gegeben, da der Gegenstand ohne weiteres auf Grund der Absolutheit des Rechts zum Vermögen des Aussonderungsklägers und nicht zu dem des Gemeinschuldners gehört. Die gleiche Rechtslage ist aber auch bei den obligatorischen Herausgabe- und Rückgabeansprüchen z. B. aus Leihe, Verwahrung, Miete, Pacht, Hinterlegung vorhanden. Es handelt sich bei diesen Ansprüchen — ohne Rücksicht auf konkursrechtliche Vorschriften — ebenfalls um das Recht, von dem Verpflichteten eine Sache zurückzuerhalten, die zu dem Vermögen des Berechtigten gehört. Diese Verwirklichung des dem Rechte entsprechenden Zustandes ist aber nur möglich durch die Innehabung des mittelbaren Besitzes, der durch das Vertragsverhältnis geschaffen wurde. Die obligatorischen Rückgabeansprüche greifen also auf den mittelbaren Besitz, d. h. ein dingliches Recht zurück und machen dieses gleichzeitig geltend. Der mittelbare Besitz vermittelt also die Zugehörigkeit zu dem Vermögen des Aussonderungsklägers; er schließt den Tatbestand eines Ausschlußrechts in sich.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß für die Aussonderung als solche die Arten der Ansprüche ohne Einfluß sind. Wer aussondert, macht geltend, daß ein Gegenstand zu seinem Vermögen und nicht zu dem des Gemeinschuldners gehört. Wenn aber die Aussonderung nicht auf absolute Ansprüche beschränkt ist, so muß sie außerhalb des Begriffes der Ansprüche liegen, und nur die Tatsache, daß ein Gegenstand zum Vermögen des Aussonderungsklägers gehört, kann maßgebend sein.

8. Der für die Ansprüche aus absoluten Rechten gefundene Grundsatz der Herstellung des dem Recht entsprechenden Zustandes, wird bei den Ansprüchen aus dem Eigentum zum Teil durchbrochen. Das Gesetz gewährt dem Eigentümer nicht nur den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB., sondern gibt ihm beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen Ansprüche auf Schadenersatz und auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen. (§§ 987—993 BGB.). Es erscheint daher ein Vergleich dieser Ansprüche zu dem Herausgabeanspruch und den obligatorischen Ansprüchen geboten.

A. Die Voraussetzung für die Schadenersatzansprüche ist, daß die Sache bei dem redlichen Besitzer während der Rechtshängigkeit oder bei dem unredlichen Besitzer vor der Rechtshängigkeit infolge seines Verschuldens verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. Die Schadensersatzansprüche werden

also nicht sofort mit dem Herausgabeanspruch gewährt, sondern sie sind erst gegeben, wenn die Durchsetzung des Herausgabeanspruchs auf irgendwelche Art vereitelt ist und nicht mehr durchdringen kann. Dies hat seine Ursache in dem Umstande, daß der Besitz eines Dritten die Voraussetzung für den Herausgabeanspruch ist. Erlischt der Besitz auf seiten des Antragsgegners, so muß auch der Herausgabeanspruch untergehen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Herausgabe an sich noch möglich wäre. Das Eigentum selbst geht jedoch durch diesen Besitzverlust beim Antragsgegner nicht unter. Das dingliche Rechtsverhältnis besteht vielmehr fort und setzt an die Stelle des Herausgabeanspruchs unter verändertem Leistungsinhalt einen Schadenersatzanspruch, um den dem Eigentum entsprechenden Zustand wieder herzustellen. Eine Erweiterung des Rechtes des Eigentümers tritt hierdurch nicht ein[33]), sondern der Herausgabeanspruch wandelt sich in die Schadenersatzansprüche um[34]). In dieser Eigenschaft müssen die Schadenersatzansprüche notwendig dieselbe Grundlage haben wie der Herausgabeanspruch, nämlich das Eigentum. Ihrer Natur nach sind sie jedoch schuldrechtlich, denn sie stellen nicht nur den dem Eigentum entsprechenden Zustand wieder her, sondern gehen auch auf eine Vermögensverschiebung zugunsten des Eigentümers[35]).

Eine gewisse Abweichung zeigt der Anspruch auf Ersatz der schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen insoweit, (§ 987 II bezw. §§ 990, 987 II), als er der unmittelbare verwandelte Herausgabeanspruch nicht sein kann. Er tritt nur an die Stelle des Anspruchs auf Herausgabe von Nutzungen gemäß § 987 I, wenn dessen Voraussetzungen nicht vorliegen. Der Anspruch aus § 987 I ist jedoch die unmittelbare Umwandlung des Herausgabeanspruchs[36]). Danach kann der Ersatzanspruch aus § 987 II BGB. nur als mittelbar verwandelter Anspruch aus § 985 angesehen werden.

B. Die dem Eigentümer gewährten Ansprüche auf Herausgabe von Nutzungen sind ihrer Quelle nach ebenfalls Eigentumsansprüche[37]). Doch sind sie nur insoweit schuldrechtlicher Natur, als sie sich gegen den gutgläubigen unverklagten oder den gutgläubigen verklagten Besitzer richten.

---

33) So auch: Schloßmann in: Iherings Jahrb. 45, 289.
34) vgl. Schmidt, Gesetzeskonk. S. 164, Stutz, a. a. O. S. 114.
35) So: Wolff § 85 III 1, Wurzer, Gruch 53, 48 ff. Maria Schwarz S. 18, 19. Stutz S. 114.
36) Vgl. hierzu die ausführlichen Erörterungen unter S. 24.
37) RG. Bd. 46; 145.

a) Im Falle der unentgeltlichen Erlangung der Sache ist der unverklagte redliche Besitzer gemäß § 988 BGB. zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet, während er bei entgeltlicher Erlangung nur die nicht als Ertrag der Sache anzusehenden Früchte nach den Vorschriften der Bereicherung herauszugeben hat. (§ 988 bezw. §§ 993 I, 988 BGB.) Diese Ansprüche haben ihre Grundlage zwar auch im Eigentum[38]), treten aber nicht an die Stelle des Herausgabeanspruchs, sondern sind neben diesem gewährt, da die Herausgabe nur nach Bereicherungsrecht erfolgt[39]). Eine Umwandlung des Herausgabeanspruchs tritt also nicht ein.

b) Wohl aber erfolgt die Umwandlung bei dem Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen gegen den verklagten gutgläubigen Besitzer. (§ 987 I BGB.) Dieser erwirbt an den Früchten, die er nach Rechtshängigkeit zieht, gemäß § 955 BGB. Eigentum[40]). Der Eigentümer der fruchtbringenden Sache kann also die Herausgabe der Früchte nicht mit dem Herausgabeanspruch aus § 985, sondern lediglich nach § 987 I verlangen. Dieser Anspruch tritt mithin an die Stelle des Herausgabeanspruchs, nicht aber neben ihn. Für die Umwandlung des Herausgabeanspruchs ist keineswegs erforderlich, daß dieser infolge des Besitzverlustes auf seiten des Antragsgegners erloschen ist, sie ist vielmehr stets dann möglich, wenn die Geltendmachung durch § 985 nicht zum Ziele führen kann.

c) Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der noch vorhandenen natürlichen Früchte gegen den unredlichen Besitzer ist dagegen „ein dinglicher Anspruch, der Eigentumsanspruch aus § 985", da der unredliche Besitzer nach der Vorschrift des § 955 Eigentum an ihnen nicht erwerben kann[41]).

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß die dem Eigentümer gewährten Ansprüche auf Schadenersatz und auf Herausgabe von Nutzungen mit dem Anspruch aus § 985 in engster Verbindung stehen und zum großen Teile sogar dessen Umwandlung sind. Da sie ferner mit einer Ausnahme schuldrechtlicher Natur sind, kann hinsichtlich der nahen Verwandtschaft zwischen obligatorischen und Ansprüchen aus absoluten Rechten kein Zweifel bestehen.

38) So auch: Stutz S. 16.

39) So auch: ohne Begründung: Maria Schwarz S. 18, 19, Stutz S. 114 Anm. 29.

40) vgl. Wolff § 85 I 2 S. 284 Anm. 12.

41) Wolff § 87 III, a. M., Stutz S. 20, 21, der in den §§ 990, 987 keine Wiederholung des § 985 erblickt, da dieser dem Eigentümer der Früchte („herauszugebende Sache") zustehe, während der Anspruch aus § 990, 987 dem Eigentümer

Wir kommen daher zu folgendem Ergebnis: Die Ansprüche aus absoluten Rechten unterscheiden sich nur im Ursprung, sowie in ihrer Abhängigkeit vom Recht von den obligatorischen Ansprüchen und weisen im Inhalt und Zweck nur sehr geringe Abweichungen auf, während sie im übrigen einander gleichen.

II. Sie sind daher nicht selten als „Schuldverhältnis"[42]), „Verbindlichkeit"[43]) und „Forderung"[44]) bezeichnet worden. Es mag dahingestellt sein, ob eine derart weitgehende Gleichsetzung gerechtfertigt ist. Für eine große Zahl von Fällen wird man sie nicht gelten lassen dürfen, wenn auch das Gesetz in § 241 BGB. die geschuldete Leistung in einem Tun oder Unterlassen bestehen läßt und dieses gleichzeitig in § 194 I BGB. als Anspruch bezeichnet. Für das Ergebnis unserer Untersuchung ist die unbedingte Gleichsetzung auch nicht wesentlich, denn allein aus der Feststellung der annähernden Gleichheit beider Arten folgt, daß die allgemeinen Grundsätze über Forderungen auf die Ansprüche aus absoluten Rechten anzuwenden sind, soweit sich nicht aus der Eigenart der letzteren ein anderes ergibt. Dies ist heute allgemein anerkannt[45]). Auch die Absicht des Gesetzgebers ging dahin, den allgemeinen Lehren des Schuldrechts eine allgemeine Bedeutung einzuräumen[46]).

a) Es dürfte daher kein Bedenken bestehen, die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse grundsätzlich auf Ansprüche aus absoluten Rechten anzuwenden, soweit diese im BGB. geregelt sind. Diese Auffassung wird durch den Hinweis auf § 990 Abs. 2 bestätigt[47]). Nach dieser Vorschrift ist die ergänzende Anwendung als selbstverständlich vor-

der Hauptsache („Fruchtbringende Sache") gegeben sei. Der Anspruch auf Herausgabe der gezogenen noch vorhandenen Früchte könne daher entweder auf § 990, 987 gestützt werden.

42) Planck, Vorbemerkungen 2 vor § 241 S. 14, von Tuhr S. 262 ff.

43) und 44) Hellwig, Anspr. und Kl.R. S. 5 — vgl. jedoch seine gegenteilige Auffassung im Lehrb. I § 32, II S. 206. Wendt, Ziv.Arch. 100, 370 ff. auch Rümelin für den dinglichen Anspruch: Ziv.Arch. 68, 192 ff., 196.

45) Nipperdey S. 681, Enneccerus-Lehmann S. 3, Oertmann, Komm. S. 4 und J.R. 1931 S. 1, Schmidt S. 100, Stälin S. 158 Staudinger Einl. I B. 12, Biermann S. 108, Langheineken S. 25, Endemann II 1 § 2 Nr. 3, Hellwig S. 30, von Tuhr S. 265, Warneyer Komm. 2. Aufl. zu § 987, RGR. Komm. § 241 Vorb. 2 RG. Bd. 105, 88 aber Bd. 115, 31 ff., Siber R.Zwg. S. 139, Planck II 1 S. 14, 16, Affolter S. 154, auch schon Windscheid-Kipp II § 251, Siebert Verw. S. 161 Anm. 4 a. M. Stutz S. 86, Maria Schwarz S. 13.

46) So: Motive II 4, III 397, 408 ff. Prot. II 1 S. 195, 197; 3 S. 344; II 1 312.

47) Stälin, S. 59, von Tuhr I 1 S. 265.

ausgesetzt. Ob sie unmittelbar[48]) oder entsprechend[49]) erfolgt, macht praktisch keinen Unterschied[50]). Die nur annähernde Gleichheit der Wesensmerkmale dürfte indessen eine entsprechende Anwendung bedingen, da der zugrundeliegende Tatbestand meist Verschiedenheiten aufweisen wird.

b) Die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts sind aber grundsätzlich auch auf Ansprüche aus absoluten Rechten anwendbar, die in Sondergesetzen mit selbständigen Bestimmungen über Rechtsverletzungen geregelt sind.

Man findet solche absoluten Rechte in den Gesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes. Trotz ihrer verschiedenartigen Behandlung und der oft scharfen Trennung zwischen den einzelnen Gesetzen darf man jedoch dieses Gebiet als eine Einheit auffassen. Der den Gesetzen gemeinsame Gedanke ist der Schutz der eigenen geistigen Schöpfung. Mögen auch einzelne Schutzrechte als Immaterialgüterrechte, andere dagegen als Individualrechte aufgefaßt werden, alle wenden sich gegen die Umwelt und schließen jedermann von dem geschützten Rechtsgut aus — sie wirken absolut. Die Erörterung der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts auf diese Gesetze kann daher einheitlich erfolgen.

Sind nun die Folgen der Rechtsverletzungen überhaupt und inwieweit nach dem BGB. zu beurteilen? Die in Betracht kommenden Sondergesetze gewähren übereinstimmend dem Rechtsinhaber einen Anspruch auf Schadenersatz, wenn die in ihnen geregelten absoluten Rechte verletzt werden. Ueber die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. im allgemeinen erwähnen sie jedoch nichts. Durch die Schadenersatzbestimmungen können aber die Folgen der Rechtsverletzungen nicht abschließend geregelt sein. Rechtslehre und Rechtsprechung sind darüber einig, daß im Falle rechtswidrigen Eingriffes in die gewerblichen Schutzrechte auch der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch entsprechend den Grundsätzen des § 1004 BGB. gewährt wird[51]). Isay[52]) rechtfertigt diese Anwendung der Vorschrift aus dem BGB. selbst, da gemäß § 1068 II BGB. die Grundsätze für die absoluten Rechte an Sachgütern auch für die absoluten Rechte an

48) Sieber, R.Zwg. S. 99 und Planck-Siber II 1 S. 16.
49) von Tuhr S. 265, Endemann, Sch.R. S. 12, Kretschmar, Sach.R. § 985, 4.
50) So auch: Planck-Siber S. 16, ohne Stellung. Staudinger S. 12.
51) Siebert, Verw. S. 142, Schmidt, S. 71, Enneccerus-Lehmann § 242 I 1, auch S. 770, 769 und die Zitierten Manhardt DJZtg. 1903 S. 416 ff. Marwitz-Möhring S. 240. Allfelt. Komm. zu den Ges. betr. d. Urh.R. 2. Aufl. 1928 S. 217, Rietzler, D. Urh. und Erf.R. 1909 S. 113 ff. RG. Bd. 101 S. 138.
52) Isay, Patent Ges. S. 37, M. u. W. 12; 282.

Rechten, also auch für die gewerblichen Schutzrechte entsprechend gelten. Diese Ansicht muß Billigung finden. Sie wird nicht dadurch erschüttert, daß in § 14 unl. Wettbew.G. der Unterlassungsanspruch oder in § 19 War.Z.G. der Beseitigungsanspruch ausdrücklich erwähnt ist. Beide unterliegen den allgemeinen Voraussetzungen über den Unterlassungs- bezw. Beseitigungsanspruch und wären auch ohne besondere Regelung gegeben[53]).

Ist aber nach diesen Feststellungen dargetan, daß das BGB. überhaupt hinsichtlich der Folgen von Rechtsverletzungen im gewerblichen Rechtsschutz Anwendung finden kann, so steht dem nichts im Wege, auch die allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts auf sie zur Beurteilung heranzuziehen. In Hinsicht auf den Schadenersatzanspruch selbst werden die einzelnen Gesetze nach dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali" vor dem BGB. Geltung haben. Insoweit aber eine ausschließliche und endgültige Feststellung von Vorschriften, die dem allgemeinen Teil des Schuldrechts entsprechen, nicht erfolgt ist, müssen diese zur entsprechenden Anwendung herangezogen werden, soweit ihr Zweck und der Wille des Gesetzgebers den Sondergesetzen nicht entgegensteht[54]).

Dritter Teil.

Durchführung der Anwendung des § 254 BGB. auf Ansprüche aus absoluten Rechten.

I. Die Anwendbarkeit auf Schadensersatzansprüche aus absoluten Rechten.

Nach der Erkenntnis, daß die Sätze des allgemeinen Schuldrechts grundsätzlich auf Ansprüche aus absoluten Rechten anzuwenden sind, ohne Rücksicht auf ihre Regelung im BGB. oder in Sondergesetzen, muß allein aus der Stellung des § 254 BGB. unter den Bestimmungen über den Schadenersatz folgen, daß diese Vorschrift auf Schadensersatzansprüche jeder Art anzuwenden ist, da bei jedem Schadensersatzbegehren der Zu-

53) J.W. 1926, S. 564.

54) So die allgemeine Ansicht, insbes. auch die des RG. vgl. Bd. 62, 321, Bd. 70, 77 Bd. 73, 296 Bd. 74, 249 Bd. 115, 184, Bd. 120, 97, Gruchot 50, 1158. Callmann S. 113, Isay S. 37, Elster S. 68, Rietzler S. 111, Baumbach S. 390 ff. Marwitz-Möhring S. 232 ff., Kisch Hdb. d. dt. Pat.R. 1923 S. 16, 446.

stand herzustellen ist, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde. (§ 249 BGB.) Dem widerspricht auch nicht die Verwendung des Wortes „Schuldner" in § 254 II. Die Vorschrift bezieht sich keineswegs nur auf bestehende Schuldverhältnisse[1]). Vielmehr ist unter Schuldner jeder Ersatzpflichtige zu verstehen. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob der Schadensersatzanspruch im einzelnen Falle einem obligatorischen oder einem absoluten Recht entspringt. Haben sowohl der Verletzer als auch der Beschädigte die Entstehung des Schadens verschuldet, so muß die Berücksichtigung des § 254 außer jedem Zweifel stehen. Die Anwendung wird sogar unmittelbar zu erfolgen haben, mit Rücksicht auf die stetige Gleichheit von Schadensersatzansprüchen. Darüber herrscht in der Rechtsprechung und Rechtslehre Einigkeit[2]).

1. Es bestehen daher keine Bedenken, ein mitwirkendes Verschulden bei den Schadensersatzansprüchen aus dem Eigentum zu berücksichtigen[3]). Zu diesen ist auch der Wertvergütungsanspruch zu rechnen, der aus § 987 I BGB. dann gegeben ist, wenn die Früchte verbraucht, nicht gezogen oder nicht mehr die Möglichkeit der Herausgabe besteht[4]). Dieser Anspruch stellt einen zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand i. S. des § 249 BGB. dar.

2. Ebenso ist der § 254 auf die aus unerlaubter Handlung gewährten Schadensersatzansprüche wegen Verletzung eines sonstigen (absoluten) Rechts anzuwenden. Dies gilt selbst für den Schadensersatzanspruch aus § 833 BGB., obwohl dieser nicht auf Verschuldens-, sondern auf Gefährdungshaftung beruht. Das Reichsgericht hat hierzu in der Entscheidung in Bd. 67, 120 Stellung genommen und einen Interessenausgleich zugelassen, obwohl der Gefährdung des Tierhalters eine Gefährdung des Verletzten gegenüberstand[5]).

3. Dem Grundsatz der Ausgleichung gegenseitigen Verschuldens unterliegen nach allgemeiner Ansicht[6]) ferner die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche aus den gewerblichen Schutzrechten, da für diese hinsicht-

1) So auch Gottschalk S. 111, Cohn S. 379, 380, von Leyden S. 86, 87 a. M. Schollmeyer, R. d. Schuldverh. 2. Aufl. 1904 z. § 254, 67.
2) RG. Bd. 51, 275, Bd. 76, 408, Recht 04, 601 Nr. 2590, Cohn S. 425, Gottschalk S. 114.
3) vgl. RG. Bd. 93, 281 ff.
4) RG. Bd. 93, 283.
5) Ausführliche Erörterungen zu dieser Entscheidung siehe S. 48.
6) So: Isay, S. 565, Rosenthal, S. 116, Kisch a. a. O. S. 446, Hagens, Warenz.R. 1927, S. 238, Kohler, Warenz.R. 1910, S. 191.

lich ihres Umfanges Sonderbestimmungen nicht bestehen. Die Anwendung des § 254 kommt hier insbesondere dann in Betracht, wenn der Rechtsinhaber von der rechtswidrigen Verletzung seines Rechts Kenntnis hat, diese aber duldet und längere Zeit gegen den Verletzer nicht vorgeht[7]). In diesem Falle darf der Rechtsstörer annehmen, daß der Rechtsinhaber auf sein Recht keinen Wert legt oder doch zum mindesten auf den Schadensersatz verzichtet. Verlangt nunmehr der Rechtsinhaber Schadensersatz für die ganze Dauer der Verletzung, so muß der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängen, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. Der Grund für die Anwendung liegt auch hier einmal in dem Vorhandensein einer Schadensersatzpflicht und ferner in dem Umstand, daß der Rechtsinhaber mit seinem Recht nicht sorgfältig verfahren ist.

II. Die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens gegenüber den Ansprüchen des Eigentümers auf Herausgabe der Sache und der Nutzungen.

Dieses Problem kann nur dadurch gelöst werden, daß man untersucht, ob die Eigenart des Herausgabeanspruchs und der Umstand, daß die Besitzentziehung ein Verschulden nicht fordert, der Bestimmung des § 254 entgegensteht.

1. § 254 BGB. setzt seinem Wortlaut nach zu seiner Anwendbarkeit eine gesetzliche Vorschrift voraus, aus der sich die Schadensersatzpflicht ergibt. Es entsteht daher die Frage, ob aus § 985 BGB. ein zum Schadensersatz verpflichtender Umstand herzuleiten ist.

Auf den ersten Blick möchte es so scheinen, als ob der Herausgabeanspruch ein Schadensersatzanspruch sei. Da § 249 BGB. bei der Schadensersatzpflicht die Herstellung des Zustandes verlangt, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, so könnte in der Besitzverschaffung, verbunden mit dem Besitzerwerb der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand erblickt werden[8]). Dieser Auffassung über den Schadensersatzanspruch kann nur mit

7) Vgl. hierzu: Wirth in M. u. W. 1932, S. 8, der § 254 auch berücksichtigt wissen will, wenn infolge mangelhafter Abfassung eines Patents ein Schaden entstanden ist. Dies dürfte jedoch aus den von Seligsohn, Pat.G. und G. betr. Schutz v. Gebr. Must. 7 Aufl. S. 430 angegebenen Gründen nicht zutreffen.

8) So: Fröhner, Recht 20, S. 141.

Einschränkungen gefolgt werden. Er setzt für seine Entstehung notwendig einen Schaden voraus. Dem gegenüber kann der Herausgabeanspruch ohne Rücksicht darauf gewährt werden, ob dem Eigentümer durch die Besitzentziehung ein Schaden entstanden ist. In der Entstehung sind also beide Ansprüche verschieden. Indessen wird man es hierauf weniger abstellen dürfen, denn auch der Herausgabeanspruch hat in den meisten Fällen einen dem Eigentümer entstandenen Schaden auszugleichen[9]). Im allgemeinen ist Schaden jeder Nachteil, den man an seinen Rechtsgütern erleidet. Zum Schadensbegriff des BGB. gehört jedoch, daß für den Geschädigten in vermögensrechtlichem Sinne Nachteiliges eintritt. Dies folgt aus der Bestimmung des § 249 BGB. Den Inhalt des Schadens bildet danach die Differenz zwischen dem Bestand des Vermögens nach dem Eintritt der Verletzung und dem Bestande, den das Vermögen haben würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, das ist der Minderwert des gegenwärtigen Bestandes des Vermögens zum Werte vor der Verletzung[10]). Ein derartiger Minderwert liegt aber auch beim Herausgabeanspruch vor, denn durch die Besitzentziehung ist der gegenwärtige Bestand des Vermögens des Eigentümers um den Wert der Sache geschmälert. Der Herausgabeanspruch bezweckt ebenso wie der Schadensersatzanspruch die Beseitigung der Nachteile durch Ausgleich im Vermögen des Berechtigten. Es tritt insofern eine weitgehende Annäherung beider Ansprüche ein. Zwar heißt es bei dem Ausspruch aus § 985 nicht allgemein: Verpflichtung zum Schadensersatz, sondern nur zur Herausgabe. Der Schadensersatzanspruch ist lediglich umfassender, denn er berücksichtigt den ganzen Schaden, der durch die schädigende Handlung erfolgt ist und geht daher auch auf Geldersatz und den entgangenen Gewinn, während der Herausgabeanspruch gemäß seinem Ursprung aus einem absoluten Recht sich mit der Herstellung des dem Eigentum entsprechenden Zustandes begnügt. Da dieser Zustand aber bereits durch die Herausgabe der Sache hergestellt ist, wird damit die Pflicht zur Beseitigung der Nachteile enger gezogen. — Der Umfang der Ansprüche ist also annähernd gleich.

Auch in der Herstellung selbst ist der Herausgabeanspruch einem echten

---

9) Ausnahme: Wenn der Besitzer trotz der Bezahlung des Wertes der Sache den Eigentümer diese herausgeben muß, weil in seiner Person Eigentum nicht entstanden ist.

10) Enneccerus-Lehmann § 10 S. 41, S. 42.

Schadensersatzanspruch sehr ähnlich. Er verlangt die Herstellung desselben Zustandes wie vor der Besitzentziehung. (Naturalherstellung.) Demgegenüber gestattet der Schadensersatzanspruch zwar die Herstellung eines mehr oder weniger andersartigen Zustandes als den vor der Beschädigung, da er auch auf Geldersatz und den entgangenen Gewinn gehen kann. Im übrigen wird zu seiner Erfüllung meist nur ein wirtschaftlich gleicher Zustand in Betracht kommen. In der Regel verlangt jedoch auch der Schadensersatzanspruch die Naturalherstellung, denn das Grundprinzip der Schadensersatzpflicht ist ebenso wie dasjenige der Herausgabepflicht die Herstellung des normalen Zustandes.

Als Ergebnis ist daher festzustellen: Der Herausgabeanspruch enthält zwar nicht einen zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand, doch fungiert er entsprechend dem gleichen Grundgedanken des Schadensersatzanspruchs als ein solcher.

2. Als Beispiel für die soeben gefundene Aehnlichkeit und die Rechtslage im Falle eines mitwirkenden Verschuldens beim Herausgabeanspruch diene ein von Langenbach[11]) gebildeter Tatbestand:

Dem A. wird durch eigenes Verschulden[12]) ein Rad gestohlen. B. kauft das Rad völlig gutgläubig von dem Dieb. Der später auf Herausgabe verklagte B. wendet mitwirkendes Verschulden ein.

Für diesen Fall ergeben sich folgende Rechtsbeziehungen: Dem A. ist durch den Verlust des Besitzes an dem Rade ein Nachteil, d. h. ein Schaden erwachsen. Sein Vermögen ist in seinem Bestande vermindert. Die Minderung ist jedoch durch sein eigenes Verschulden zum Teil selbst herbeigeführt worden. Da B. wegen der Vorschrift des § 935 BGB. Eigentum an dem Rade nicht erwerben konnte, hat A. gemäß § 985 BGB. den Anspruch auf Beseitigung des erlittenen Nachteils in Form der Herausgabe, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des B. Dem Herausgabeanspruch des A. stehen die durch sein eigenes Verschulden mitverursachte Eigenschädigung und die von dem Käufer B. zur Verschaffung des Rades gutgläubig gemachten Aufwendungen entgegen, deren Verlust wegen des Nichterwerbs des Eigentums an dem Rade droht.

In diesem Falle widerstrebt es dem Rechtsempfinden, nach dem starren Wortlaut des Gesetzes dem Kläger A. die Wiederherstellung der seinem Eigentum entsprechenden Rechtslage zu gestatten, ohne dessen eigenes Ver-

11) JW. 1933 S. 690, 691.
12) aber ohne Vorsatz.

schulden zu berücksichtigen. Beide Parteien sind etwa gleich nahe dem Recht. — Es entsteht daher die Frage: Rechtfertigt diese Interessenlage einen Ausgleich auf Grund des § 254 BGB.?

3. Das Reichsgericht hat sich wiederholt mit dieser Frage beschäftigt[13]), aber eine analoge Anwendung des § 254 BGB. stets verneint. — Es erkennt zwar die Annäherung des Herausgabeanspruchs an den Schadensersatzanspruch an und gibt in Bd. 93 S. 281 zu, daß „seinem wirtschaftlichen Ziel und Zweck nach der Herausgabeanspruch einem Schadensersatzbegehren nach Umständen mehr oder minder ähnlich erscheinen kann, da er wie dieses auf Ausgleichung der durch die Vorenthaltung der Sache im Vermögen des Eigentümers entstandenen Lücke gerichtet ist". Deshalb ist aber — so fährt das Reichsgericht fort — jener Herausgabeanspruch doch nicht als Schadensersatzanspruch anzusehen oder einem solchen gleichzusetzen."

Diese vom Reichsgericht ausgesprochene Aehnlichkeit müßte m. E. bereits genügen, um die Anwendbarkeit des § 254 BGB. auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers zu bejahen, wenn man den in § 254 enthaltenen Rechtsgrundsätzen über die Fälle der eigentlichen Schadensersatzpflicht Bedeutung beilegt, und die analoge Anwendung zu brauchbaren Ergebnissen führt. — Der Anwendung stände auch nicht der Umstand entgegen, daß die Besitzentziehung kein Verschulden erfordert, denn Schrifttum und Rechtsprechung sind darüber einig, daß auch bei einer Haftung ohne Verschulden von dem Beklagten die Einrede des Mitverschuldens erhoben werden kann[14]). An der Ergänzungsfähigkeit durch § 254 kann mithin ein Zweifel nicht bestehen.

Auch das Reichsgericht stellt es in der Begründung der Ablehnung weniger auf das Fehlen einer Schadensersatzverpflichtung in § 985 ab, als vielmehr auf den Unterschied des dinglichen Herausgabeanspruchs aus dem absoluten Eigentum zu den obligatorischen Ansprüchen. Aus Gründen der Rechtsähnlichkeit des Herausgabeanspruchs mit einem Schadensersatzanspruch würde das Reichsgericht die Anwendung zulassen. Dies folgt aus der Anerkennung, daß nach dem „wirtschaftlichen Ziel und

13) vgl. RG. Bd. 74; 90. Bd. 93, 281. ebenso: Falk S. 17, Plath S. 39, 64 ff. 67 Janz S. 8, 9.

14) So das RG. in ständ. Rechtspr.: Bd. 51, 287 Bd. 53, 75, 394 Bd. 55, 320 Bd. 67, 120. Bd. 112, 286 ff., Gruch. 47, 405, Dungs in Gruch. 54, 546, Schmidt S. 108, 109 Enneccerus § 236; 13, Oertmann § 254, 21 Siber, § 254, Staudinger § 254, 2 d, Weyl S. 299 ff., 601 ff.

Zweck" beide Ansprüche ähnlich sind. Es scheut sich aber ein mitwirkendes Verschulden gegenüber dem dinglichen Anspruch zu berücksichtigen, der aus der unbeschränkten Herrschaft über die Sache selbst entspringt. In den Gründen heißt es nämlich: „Besitzt der Beklagte die Sache zu Unrecht, so muß er sie dem Eigentümer **kraft dessen daran bestehenden Eigentums** herausgeben, dieser mag bezügl. des Abhandenkommens noch so sehr im Selbstverschulden sich bewegt haben." Diese Begründung kann nicht genügen. Das Reichsgericht folgt hier unverkennbar der liberalistischen Vorstellung des römischen Rechts: Weil das Eigentum ein absolutes Recht ist und die Grenzen der Verpflichtung und der Berechtigung des Eigentümers durch die §§ 904 ff. BGB. gezogen sind, darf der Eigentümer in der Ausübung seines Rechts nach Belieben verfahren, da es eben keinen Rechtsgrundsatz des Inhalts gibt, daß man den Wünschen seiner Mitmenschen entgegenzukommen hat, soweit es sich ohne Nachteil ermöglichen läßt. Das Reichsgericht verfährt also in der Entscheidung allein nach dem Satz: „qui iure suo utitur, neminem laedit." Wer von seinem Recht Gebrauch macht, handelt danach auch nicht gegen die guten Sitten, mag selbst der Gegner dadurch in eine wirtschaftliche Bedrängnis kommen. Dieser römisch-rechtliche Satz hat im nationalsozialistischen Rechtsstaat seinen Sinn verloren. Schlechthin absolute Rechte gibt es nicht mehr[15]). Im römischen Recht bestand keine Verbundenheit des Einzelnen mit seiner Gemeinschaft. „Das isolierte Individuum stand da als gepanzertes Rechtssubjekt, ausgerüstet mit der Waffe des Rechts, jeden Angriff von sich und seinem Eigentum abzuwehren"[16]). Eigentum war „sachenrechtliche Allgewalt", ohne Rücksicht auf das Gemeinwohl[17]). Erst mit der Entstehung eines neuen Gemeinschaftslebens begann eine richtige Auslegung des geltenden Rechts. Die Unbeschränktheit des Eigentums hat sich über die durch das Gesetz gezogene Grenzen hinaus gewandelt. Innerhalb dieses Rahmens hatte aber auch das Reichsgericht bereits früher den allgemeinen Rechtsgedanken der Pflicht „zu sozialsachgemäßer Ausübung des Eigentums, sozial gebotener Rücksichtnahme" entwickelt[18]). Man braucht daher in diesem Falle nicht zu prüfen, ob die pflichtwidrige Ausübung des Eigentums eine Rechtswidrigkeit darstellt[19]). Dies wird in § 254 nicht gefor-

15) vgl. Lange S. 14, 22.
16) Fehr, R. und Wirkl. S. 38.
17) Merk, Das Eigentum im Wandel der Zeiten, S. 12.
18) RG. Bd. 89; 121 Bd. 92; 362 Bd. 81; 223 Bd. 52, 379, Bd. 37, 335.
19) vgl. hierzu: Siebert, Verw. S. 103 ff. insbes. S. 105.

dert. Maßgebend ist vielmehr, ob der Eigentümer die allgemeine Pflicht, nach Treu und Glauben den berechtigten Interessen seiner Mitmenschen Rechnung zu tragen und Nachteile zu verhüten, verletzt hat. Allein der vom Reichsgericht oft gebrauchte Satz der Weimarer Reichsverfassung: „Eigentum verpflichtet" enthält seinem Sinne nach das Gebot, die Interessen der gegenüberstehenden Parteien gerecht auszugleichen und Pflichtverletzungen zu berücksichtigen. Danach durfte das Reichsgericht in der Entscheidung in Bd. 93, 281 ff. nicht ohne weiteres das mitwirkende Verschulden unberücksichtigt lassen, nachdem es einmal die Aehnlichkeit zwischen Schadensersatz und Herausgabeanspruch festgestellt hatte. Man darf zwar sein Eigentum in gewissem Maße vernachlässigen, aber nicht später dessen Herstellung verlangen, ohne Berücksichtigung des eigenen pflichtwidrigen Verhaltens, wenn dieses einen eigenen Nachteil und — wie im vorliegenden Falle — sogar Nachteile des Gegners bewirkt hat. So erfordert es der Gemeinschaftsgedanke und die Sicherheit des Verkehrs. Wer durch eigene Nachlässigkeit und in der Hoffnung auf die später einsetzende Herausgabepflicht eines anderen die von der Gemeinschaft geforderten Maßnahmen zur Vermeidung des Verlustes der Sache unterläßt und dadurch die Möglichkeit eigener Benachteiligung schafft, der verstößt wider Treu und Glauben, wenn er gleichwohl sein Einzelrecht ohne Rücksicht auf sein eigenes Verhalten durchsetzen will. Der das Recht beherrschende Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke findet gerade in der Vorschrift des § 254 BGB. seinen Ausdruck in Form der Haftungseinschränkung und des Interessenausgleichs: Nicht nur die Aufgabe eines jeden ist es, schädliche Eingriffe in einen fremden Rechtskreis zu vermeiden, sondern vor allem die Pflicht, gegenüber Störungen seines Rechts den Eintritt eines Schadens zu verhüten, und nach Treu und Glauben dem berechtigten Interesse des Verletzers nachzukommen, schädliche Folgen in möglichst geringen Ausmaßen zu halten, wenn diese eingetreten sind[20]). Dieser allgemeine Gedanke kann vor dem dinglichen Anspruch aus dem absoluten Recht nicht Halt machen, er dient der gegenseitigen Abwägung von Nachteilen, gleichgültig, ob der Anspruch des Berechtigten dinglicher Natur oder schuldrechtlicher Wirkung ist. — Ist einmal die wirtschaftliche und inhaltliche Aehnlichkeit zwischen Herausgabe- und Schadensersatzanspruch festgestellt, so muß diese Erkenntnis notwendig zur analogen Anwendung des

80) So: Siebert, S. 199, vgl. auch Träger S. 328.

§ 254 auf § 985 BGB. führen, will man sich den Vorwurf ersparen, Formalrecht, nicht aber Lebensrecht gesprochen zu haben[21]). Sie ist mit der vom Gesetz gestatteten Berücksichtigung der Interessenlage durchaus vereinbar und wird den Anforderungen des Lebens gerecht, denn dies ist vor allem die Aufgabe der Rechtsprechung: „Leben und Recht zu verbinden"[22]).

Es besteht aber vor allem kein Grund zu einer Ablehnung der Anwendung des § 254, nachdem das Reichsgericht das mitwirkende Verschulden auf die Schadensersatzansprüche aus dem Eigentum und den Beseitigungsanspruch[23]) aus § 1004 BGB. berücksichtigt hat. Diese Ansprüche entspringen sämtlich dem Eigentum; der Kläger verlangt also Schadensersatz und Beseitigung auch „kraft des an der Sache bestehenden Eigentums". Ferner kommt hinzu, daß die Schadensersatzansprüche aus dem Eigentum lediglich der umgewandelte Herausgabeanspruch sind, sie treten an dessen Stelle. Allein unter Berücksichtigung dieses Umstandes müßte es befremden, wenn der Beklagte den Einwand des mitwirkenden Verschuldens erheben könnte, sofern er die Sache nicht mehr in seinem Besitz hat, während er damit abgewiesen würde im Falle der Besitzinnehabung. Dieses entgegengesetzte Ergebnis führt zu unbilligen Härten, vor allem wenn das Verschulden des Besitzers gegenüber dem eigenen Verschulden des Eigentümers gering ist. Nur dem Beklagten, der noch im Besitz der Sache ist, droht der Verlust der von ihm gemachten Aufwendungen, denn der auf Schadensersatz Belangte wird stets durch einen günstigen Weiterverkauf seine Aufwendungen ausgeglichen haben. Es ist daher nicht einzusehen, inwiefern der Beklagte schlechter gestellt werden soll, wenn er die Sache noch besitzt. In diesem Falle besteht außerdem für den Eigentümer ein günstigerer Zustand, da er die Wiedererlangung der Sache vor dem Schadensersatz bevorzugen wird. Sowohl der Schadensersatz- als auch der Herausgabeanspruch werden gewährt, weil der Besitz dem Eigentümer entzogen ist. — Damit ist auch das Ergänzungsbedürfnis im Rahmen von § 254 BGB. zu bejahen. Wenn Gesetz und

21) Vgl. hierzu die Entsch. d. RGR. Bd. 99, 234, Bd. 100, 132, Bd. 102, 274, wo es selbst darauf hinweist, daß es „die ernste und vornehmste Aufgabe" des Richters sei, in der Rechtsprechung „den unabweislichen Bedürfnissen des Lebens", dem „praktischen Leben gerecht zu werden", und „die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen".

22) Fehr a. a. O. S. 163.

23) RG. in JW. 1933; 690 ff. (vgl. hierzu die Ausführungen unten S. 41).

Recht zu verschiedenen Ergebnissen gelangen, so muß der Richter das Recht, nicht aber das Gesetz anwenden. „Man kann nicht das Leben juristischen Begriffen opfern"[24]). Es ist mit dem in der Gegenwart herrschenden Gemeinschaftsempfinden nicht vereinbar, daß der Beklagte, der noch im Besitz der Sache ist, mit dem Einwand des mitwirkenden Verschuldens abgewiesen werden soll, zumal er wirtschaftlich meist schlechter gestellt ist als der auf Schadensersatz Beklagte, gerade weil er die Sache nicht weiterverkauft hat, also auf eine Vermögenssteigerung nicht ausgegangen ist. — Die entsprechende Anwendung des § 254 BGB. ermöglicht es in diesem Falle, das Verhalten der Parteien gegenüber zu stellen, den Eigentümer wegen der unsozialen Ausübung seines Rechts zu belasten und dadurch einen gerechten Interessenausgleich zu schaffen.

4. Es bleibt damit nur noch zu prüfen, auf welche Weise die Ausgleichspflicht begründet werden kann. Wie bereits ausgeführt, stehen dem Herausgabeanspruch des Eigentümers A. in dem Fahrradbeispiel die durch dessen eigenes Verschulden mitverursachte Selbstbeschädigung und die von dem Käufer B. zur Verschaffung des Rades gemachten Aufwendungen gegenüber. Es handelt sich also um zwei verschiedene Rechtsinhalte, deren Ausgleichung verlangt wird. Da sich bei § 254 grundsätzlich nur gleichartige Rechtslagen gegenüberstehen, müßte mithin ein Ausgleich beim Herausgabeanspruch ausgeschlossen sein. Es entsteht daher zunächst die Frage, ob der beklagte B. auf sonstige Weise Ersatz für seine Aufwendungen verlangen kann[25]).

Vertragliche Ansprüche stehen ihm gegen A. nicht zu. — Auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung sind ihm nicht zu gewähren, da eine vorsätzliche Schadenszufügung durch den Fahrradeigentümer nicht vorliegt (§ 826 BGB.) und eine bloße Vermögensbeschädigung den Tatbestand des § 823 BGB. nicht erfüllt. — Ebenso sind Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zu verneinen, da der Eigentümer A. aus dem Vermögen des B. nichts erlangt hat. — Da endlich die Aufwendungen des Käufers B. nicht auf die Sache gemacht worden sind, kann eine Ersatzpflicht des Eigentümers auch aus § 994 BGB. nicht festgestellt werden.

---

24) Baumbach, Vorw. z. d. Reichskost. Ges. 1933: Die juristischen Begriffe sind nur Handwerkszeug, mit denen der Jurist seine Aufgabe erfüllen soll, der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens zu dienen".

25) Es wird hierbei davon ausgegangen, daß der Dieb des Rades nicht mehr zu ermitteln ist.

Es läßt sich aber ein Ausgleich durch § 254 BGB. schaffen. Hierbei ist zu beachten: Das eigene schwere Verschulden des Fahrradeigentümers hat nicht nur den Eintritt seines eigenen Nachteils mitverursacht, sondern gleichzeitig mittelbar zum Teil zur Entstehung der Aufwendungen des Käufers B. mitgewirkt. B. würde das Rad nicht gekauft, d. h. Aufwendungen nicht gemacht haben, wenn der Eigentümer A. nicht durch eigenes Verschulden die zur Erhaltung seines Besitzes erforderlichen Maßnahmen versäumt hätte. Das Verhalten des A. steht somit im ursächlichen Zusammenhang zu einem Teil der von B. gemachten Aufwendungen. Als freiwillige Vermögenseinbuße bilden Aufwendungen zwar grundsätzlich einen Gegensatz zu einem Schaden. Insoweit aber B. das Rad ohne das Verschulden des A. nicht gekauft haben würde, können seine Aufwendungen als freiwillig nicht mehr angesehen werden, so daß sie unbedenklich als Nachteil, d. h. als Schaden anzusprechen sind. Diese Feststellung ist indessen nur von untergeordneter Bedeutung. Maßgebend ist allein, daß das Verhalten des A. für die Entstehung der Aufwendungen d. h. der Vermögenseinbuße des B. mitursächlich ist und daß besondere gesetzliche Vorschriften fehlen, die dem B. einen Ersatzanspruch gewähren. Es ergeben sich somit folgende Rechtslagen:

1. Der Eigentümer A. hat für die durch sein schweres Verschulden bewirkte eigene Vermögensminderung einzustehen (casum sentit dominus). Eine Haftung für die durch sein Verhalten dem B. mittelbar verursachten Aufwendungen besteht jedoch auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften nicht.

2. Der Käufer B. haftet dem Eigentümer A. ohne Rücksicht auf Verschulden gemäß § 985 BGB. auf Rückgabe des Rades d. h. auf Beseitigung des Schadens, der dem A. durch den Verlust des Besitzes entstanden ist. Da B. an dem Rade Eigentum nicht erwerben konnte, steht ihm gesetzlich eine Minderung des als Schadensersatzanspruch fungierenden Herausgabeanspruchs durch Verweigerung der Herausgabe nicht zu. Dem Herausgabeanspruch des A. gegenüber stehen jedoch dessen eigenes schweres Verschulden und die hierdurch mittelbar zum Teil verursachten Aufwendungen des B.

Das berechtigte vermögensrechtliche Interesse des B. auf Berücksichtigung des schuldhaften Verhaltens des A. fordert hier zwingend einen Ausgleich. — Dieser kann allein durch den in § 254 BGB. enthaltenen Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken herbeigeführt werden. —

Die vorliegende Arbeit hatte in § 254 den Ausdruck der Berücksichtigung der berechtigten vermögensrechtlichen Interessen des Gegners gefunden. Danach trifft den nach dem Gesetz an sich Bevorrechtigten die Pflicht, sein Handeln so einzurichten, daß er einen entstandenen Schaden möglichst niedrig hält und nicht den anderen Teil etwa gar in dessen Rechtsgütern beeinträchtigt. Auf diese vom Gemeinschaftsgedanken getragene Pflicht des Berechtigten muß der Gegner vertrauen dürfen. § 254 ist auf § 242 BGB. aufgebaut. **Sein Ausgleichsgedanke fordert daher** bei ungenügender Berücksichtigung schutzwürdiger Interessen des Gegners **als Folge der Verletzung der in § 254 ausgesprochenen Pflicht, daß der Berechtigte auch insoweit zum Ausgleich verpflichtet ist, als er** bei der Entstehung des ihn treffenden Schadens **über seine Selbstschädigung hinaus mittelbar Vermögenseinbußen dem Gegner zugefügt hat, oder ihn zu Verfügungen veranlaßt hat, die dieser andernfalls nicht getroffen haben würde. Diese weitergehende Ausgleichspflicht ist gemäß § 254 BGB. überall dort auszusprechen, wo dem Gegner selbständige Ansprüche gegen den Rechtsinhaber** kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift **nicht gewährt sind.** Damit begründet § 254 BGB. noch nicht eine selbständige Ersatzpflicht. Die Vorschrift verpflichtet lediglich den Rechtsinhaber, sämtliche vermögensrechtliche Interessen des Gegners beim Ausgleich zu berücksichtigen.

In dem ausgeführten Beispiel wird daher folgende Entscheidung gemäß den Grundgedanken des § 254 BGB. vorgeschlagen: Da der Käufer B. Eigentum an dem Rade nicht erwerben kann, erhält A. das Rad zurück; er zahlt aber als Ausgleich seines eigenen schweren Verschuldens dem B. einen Teil des von diesem an den Dieb gezahlten Kaufpreises zurück[26]).

---

26) So auch ohne Begründung: Langenbach, JW. 1933 S. 691.

An dieser Stelle sei die Lehre von Bindung zu § 935 BGB. erwähnt. („Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer". Leipzig 1908).

Binding fordert de lege ferenda einen Ausgleich, wenn der Eigentümer seine Sache in unverantwortlicher Weise aus der Hand gegeben hat. Er läßt nach dem Wortlaut der §§ 932, 935 BGB. Eigentumserwerb stattfinden, wenn die Sache dem Eigentümer bezw. dem Nachbesitzer nicht ohne, bezw. wider dessen Willen aus dem Besitz gekommen ist. (a. a. O. S. 32). Dies sei insbesondere der Fall, wenn der Unterschlagende an einen Gutgläubigen die Sache veräußere. (S. 34). Nach Binding besteht hier folgende ausgleichsbedürftige Lage: Der bisherige Eigentümer ist um den vollen Wert der Sache ärmer, während der neue Eigentümer nicht im geringsten geschädigt ist, selbst wenn sein Kaufpreis dem vollen Sachwert entspricht. Hat dagegen der Käufer einen Spottpreis gezahlt, so ist er um den Betrag, der sich aus dem Unterschied zwischen wahrem Sachwert und tatsächlich gezahltem Preis ergibt, auf Kosten des bisherigen Eigentümers ungerechtfertigt bereichert. Diesen Betrag spricht Binding dem bisherigen Eigentümer zu. Darüber hinaus fordert er zwischen dem alten und dem neuen Eigentümer die Teilung des restlichen Betrages, der sich

Dabei liegt es in der Natur des § 254 BGB., daß eine Anwendung nur in den Fällen eintreten kann, in denen ein Dritter (Zweit- oder Drittbesitzer) die Sache unter Aufwendung von Vermögenswerten erlangt hat, wie z. B. der Käufer B. in dem angeführten Beispiel. Der unredliche Erstbesitzer, der die Sache ohne Entgelt durch rechtswidrige Besitzentziehung in seine Gewalt gebracht hat, z. B. der Dieb, kann sich auf § 254 nicht berufen. Es fehlt hier an der Voraussetzung des Ausgleichs vermögensrechtlicher Interessen. Das muß selbst dann gelten, wenn der Eigentümer den Dieb fahrlässig zum Diebstahl angestiftet hat.

Ebenso ist ein Ausgleich gemäß § 254 unzulässig, wenn der zur Herausgabe Verpflichtete für die ihm durch das Verhalten des Eigentümers verursachte Vermögenseinbuße auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften Ersatz verlangen kann. Z. B. dem A. wird ein Pferd gestohlen. Der Dieb verkauft es an einen Händler. Dort kauft es C. in dessen Begleitung sich zufällig A. befindet. A. erkennt während der Kaufverhandlungen das Pferd als sein Eigentum. Trotzdem hält er den völlig gutgläubigen C. nicht vom Kaufe ab, da er hofft, von diesem das Pferd schneller und ohne Schwierigkeiten wiederzuerlangen. — Der verklagte C. erhebt den Einwand aus § 254 BGB. Hier hat A. durch sein pflichtwidriges, vorsätzliches Schweigen bei den Kaufverhandlungen die erforderlichen Maßregeln zur Wiedererlangung seines Pferdes unterlassen und dadurch die Aufrechterhaltung seiner nachteiligen Rechtslage selbst verschuldet. Sein Verhalten verstößt gegen die guten Sitten. C. kann trotz seiner Gutgläubigkeit wegen § 935 BGB. Eigentum an dem Pferd nicht erwerben. A. hat aber dem Käufer C. vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt. Diesen Schaden kann C. gemäß § 826 BGB. von dem Eigentümer A. in voller Höhe ersetzt verlangen. Ein Bedürfnis, § 254 BGB. in diesem Falle entsprechend anzuwenden, liegt mithin nicht vor. Die Lösung lautet daher: A. erhält sein Pferd von C. zurück; er ersetzt aber C. den vollen Schaden, der diesem durch sein (des A.) vorsätzliches Verhalten entstanden ist.

---

als Schaden des alten Eigentümers darstellt. Dieser von Binding vorgeschlagene Ausgleich trifft in seinem rechnungsmäßigen Ergebnis zu. Eine eingehende Erörterung ist indessen nicht geboten, da der Ausgleich lediglich de lege ferenda gefordert wird, während sich die vorliegende Arbeit ausschließlich mit dem geltenden Recht beschäftigt. — Nach den Vorschriften des BGB. kann in dem angeführten Fahrradbeispiel der Käufer B Eigentum nicht erwerben. — Die erweiterte Ausgleichspflicht des Eigentümers zufolge dem Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken in § 254 BGB. dürfte daher vorzuziehen sein.

5. Nach diesen Erörterungen dürfte auch die entsprechende Anwendung des § 254 BGB. auf die dem Eigentümer gewährten Ansprüche auf Herausgabe von Nutzungen geboten sein. Diese sind schuldrechtlicher Natur. Bei ihnen zeigt sich am auffälligsten das Bedürfnis, einen Interessenausgleich vorzunehmen. Es geht nicht an, daß sich der Besitzer gegenüber dem Ersatzanspruch aus § 987 Absatz 2 BGB. auf ein mitwirkendes Verschulden des Eigentümers berufen kann, während er damit abgewiesen wird, wenn er die Nutzungen ordnungsgemäß gezogen hat. Die ratio des § 987 bezweckt, den gutgläubigen Besitzer, der nur quasi rem suam neglexit, keiner scharfen Haftung zu unterwerfen. Dieser Gedanke muß aber vor allem dann zum Ausdruck gebracht werden, wenn der Besitzer der ihm auferlegten Pflicht, Nutzungen zu ziehen, nachgekommen ist. Hier eine starre Gesetzesauslegung vorzunehmen, hieße, dem Besitzer, der schuldhaft Nutzungen nicht gezogen hat, Vorteile zu gewähren, die er im Verhältnis zu dem Besitzer, der Nutzungen zieht, nicht verdient.

Die Ausgleichspflicht wird in diesem Falle in der gleichen Weise vorzunehmen sein, wie bei einem echten Schadensersatzanspruch. Der Eigentümer der Hauptsache hat Eigentum an den Nutzungen nicht erworben[27]), so daß ihre Herausgabe nicht mit dem Anspruch aus § 985 BGB. verlangt werden kann. Hinzukommt, daß die Leistung der herauszugebenden Nutzungen in der Regel teilbar ist. Es läßt sich daher entsprechend der Mitwirkung der Beteiligten die Verpflichtung zur Herausgabe und der Umfang der zu leistenden Nutzungen danach bestimmen, inwieweit die Nachteile, die dem Eigentümer der Hauptsache durch die Besitzentziehung entstanden sind, vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht wurden. — Sind dagegen die Nutzungen nicht teilbar, so wird man sie dem zur Herausgabe Verpflichteten zusprechen müssen unter der Voraussetzung einer Entschädigung an den Eigentümer der Hauptsache entsprechend seiner Mitwirkung.

Bei den Herausgabeansprüchen aus § 988 bezw. §§ 993, 989 und 991 BGB. wird endlich ebenfalls ein Ausgleich vorzunehmen sein, da die Eigenart des Herausgabeanspruchs stets die gleiche ist.

---

27) vgl. die Ausführungen oben S. 24.

III. § 254 BGB. und die den absoluten Rechten entspringenden Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche.

Diese auch bei nicht schuldhafter Verletzung gegebenen Ansprüche sind allen absoluten Rechten gemeinsam und werden außerhalb des BGB. sowohl entsprechend der in § 1004 BGB. für das Sacheigentum ausdrücklich getroffenen Regelung gewährt, (negatorische Abwehransprüche), als auch bei jedem selbst nur objektiv rechtswidrigen Eingriff in das geschützte Rechtsgut (quasinegatorische Abwehransprüche). — Trotz dieser in Schrifttum und Rechtsprechung anerkannten verschiedenen Arten hinsichtlich ihrer Entstehung kann im Rahmen der gestellten Aufgabe eine einheitliche allgemeine Untersuchung erfolgen; denn in Ziel und Wirkung besteht zwischen beiden kein Unterschied. Auch ihre Rechtsnatur ist bis auf das Merkmal der Rechtswidrigkeit bei den negatorischen Ansprüchen die gleiche. Mit Recht ist daher mangels einer sachlichen Verschiedenheit auf die unzweckmäßige unterschiedliche Behandlung hingewiesen worden[28]).

Drei Fragen bedürfen der Klärung, um eine analoge Anwendung des § 254 BGB. auf diese Ansprüche herbeizuführen:

1. Gestattet die Eigenart der Ansprüche und der Umstand, daß sie auch ohne Rücksicht auf Verschulden des Störers gewährt sind, die Ausgleichung der gegenüberstehenden Interessen?

2. Ist das „Verschulden" in § 254 bei Ansprüchen, die auf Kausalhaftung beruhen, als „Verursachen" anzusehen? D. h. kann derjenige, der ohne Verschulden haftet, im Rahmen des § 254 billigerweise verlangen, daß auch der Gegner hinsichtlich des eigenen Verhaltens mit strengerem Maße gemessen wird, sodaß auch ein Mitverursachen zu berücksichtigen ist?

3. Ist eine Abschätzung der Verursachung möglich?

In seiner Entscheidung vom 17. 11. 1932 erörtert das Reichsgericht[29]) die Anwendbarkeit des § 254 BGB. auf die aus einer Eigentumsstörung sich ergebenden Ansprüche. Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Auf dem Gelände der Beklagten sind hohe Halden aufgeschüttet, die Rückstände von Erzeugnissen, sowie Abraum aus Kohlenzechen enthalten. Unmittelbar an die Halden grenzen die Dämme der der Klä-

28) Isay S. 262, Elster S. 344, Baumbach S. 85.
29) In JW. 1933, 690 ff. (RG. Bd. 138, 328) Sachverhalt hierzu: RG. 127, 29.

gerin gehörigen Eisenbahnstrecken. Diese bestehen aus demselben Material, wie die benachbarten Halden. Im Jahre 1914 begannen die Halden an verschiedenen Stellen zu brennen. Das Feuer griff schließlich auf die Bahndämme der Klägerin über und verursachte Senkungen und sonstige Beschädigungen. Nachdem die Beklagte zunächst vergeblich versucht hatte, das Uebergreifen des Feuers zu verhindern, sah sie später von allen Schutzmaßnahmen ab. — Die Klägerin verlangt die Beseitigung der Beeinträchtigungen. — Die Beklagte erhebt den Einwand aus § 254, da die Klägerin durch die Verwendung derselben Stoffe wie der Halden bei der Anlegung ihrer Bahndämme das Uebergreifen des Feuers mitverursacht habe. Die Dämme würden von dem Brand nicht ergriffen worden sein, wenn sie aus gewachsenem Boden hergestellt wären. Die Klägerin müsse daher zu den durch die Instandsetzung der Dämme entstandenen Kosten mit herangezogen werden. In dem nunmehr an das Reichsgericht gelangten Prozeß führt dieses aus: Es ist nicht grundsätzlich zu beanstanden, daß das Berufungsgericht § 254 zur Beurteilung der aus einer Eigentumsstörung sich ergebenden Ansprüche heranzieht. Zwar ist der Eigentumsfreiheitsanspruch des § 1004 kein Schadensersatzanspruch, sodaß die für die Schadensersatzansprüche geltenden gesetzlichen Vorschriften nicht ohne weiteres auf den Anspruch aus § 1004 übertragen werden können. Aber dem § 254 kommt eine über seinen nur auf die Fälle der Schadensersatzpflicht sich beziehenden Wortlaut hinausgehende Bedeutung zu. — Es braucht nun nicht entschieden zu werden, ob man es zur Anwendung des § 254 gegenüber einem Anspruch aus § 1004 für ausreichend halten kann, daß der Eigentümer die Beeinträchtigung seines Eigentums in irgend einer Weise mitverursacht hat. Denn jedenfalls wird die Anwendung des § 254 dann gerechtfertigt erscheinen, wenn den Eigentümer eine Mitverantwortlichkeit für die Beeinträchtigung seines Eigentums trifft, mag diese Mitverantwortlichkeit nun durch sein Mitverschulden oder durch eine ihm kraft Gesetzes zur Last fallende Haftung ohne Verschulden begründet sein".

Das Reichsgericht hat daher die Klägerin nach dem Maße ihrer Mitverantwortlichkeit zu den Beseitigungskosten herangezogen.

Mit dieser Entscheidung verläßt das Reichsgericht seine in Bd. 51, 411 niedergelegte Ansicht, daß auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 die allgemeinen Schadensersatzbestimmungen nicht anwendbar seien. Eine grundsätzliche Erörterung der Ansprüche aus § 1004 erfolgt jedoch auch

nunmehr nicht. Das Reichsgericht begnügt sich vielmehr mit der Ausdehnung der dem § 254 innewohnenden allgemeinen Rechtsgedanken. Ebenso umgeht es vorsichtig die Frage, ob man es zu seiner Anwendung für ausreichend halten darf, daß der Eigentümer die Beeinträchtigung seines Eigentums in irgend einer Weise mitverursacht hat, sondern beläßt es bei einer allgemeinen Mitverantwortlichkeit. Da jedoch die Mitverantwortlichkeit sowohl die Folge eines Mitverschuldens als auch eines Mitverursachens sein kann, erscheint eine grundsätzliche Klärung notwendig.

§ 1004 BGB. gewährt dem Rechtsinhaber zwei von einander verschiedene Abwehransprüche, den auf Beseitigung der Störung und den auf Unterlassung.

A. Der Beseitigungsanspruch ist schlechthin durch die Störung begründet, die körperlich fortwirkt. (Wolff § 87 I 3). Er geht auf die Wiederherstellung des früheren tatsächlichen Zustandes, nämlich auf Beseitigung der Beeinträchtigung des Eigentums.

a) Kann er damit als Schadensersatzbegehren im Sinne des § 249 BGB. angesehen werden[30])?

Diese Frage ist zu verneinen. Der Beseitigungsanspruch hat als solcher mit Schadensersatz nichts zu tun; er will nicht einen Schaden beseitigen, sondern vielmehr nur verhüten, daß aus der Beeinträchtigung in Zukunft dem Eigentümer Schaden entsteht. Daher wird er bei rechtswidrigem bezw. objektiv rechtswidrigem Eingriff gewährt, hat also entgegen dem Schadensersatzanspruch zu seiner Entstehung ein Verschulden nicht zur Voraussetzung. Während § 249 dem zum Schadensersatz Verpflichteten die Wiederherstellung des Zustandes auferlegt, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand überhaupt nicht eingetreten wäre, führt also die Wiederherstellung beim Beseitigungsanspruch nur den Zustand herbei, bei dem eine Beeinträchtigung nicht mehr vorhanden ist[31]). Dies folgt aus seinem Zweck als Anspruch aus einem absoluten Recht. — Zwar wird die Herstellungspflicht bei dem Beseitigungsanspruch nicht so eng zu fassen sein, daß immer nur der gleiche Zustand herzustellen ist, vielmehr muß es genügen, wenn im wesentlichen ein wirtschaftlich gleicher Zustand hergestellt wird. Dies reicht jedoch nicht aus, um ihn als echten Schadensersatzanspruch anzusehen, denn er be-

30) Dies behauptet Callmann a. a. O. S. 109.
31) a. M. OLGE. Bd. 4, 65 Bd. 7, 30, 31.

rücksichtigt weder den entgangenen Gewinn, noch gestattet er dem Eigentümer, von dem Störer eine Geldentschädigung gemäß § 251 zu verlangen, soweit die Herstellung nicht möglich ist[32]).

Wenn nun auch der Beseitigungsanspruch die Voraussetzungen des Schadensersatzbegehrens aus § 249 nicht enthält, so besteht doch hinsichtlich seiner Rechtsfolgen große Aehnlichkeit mit einem Schadensersatzanspruch, denn es kann mit der Beseitigung der Beeinträchtigung auch die Ausbesserung von teilweisen Zerstörungen oder Beschädigungen der Sache verlangt werden. Schon im älteren gemeinen Recht bestand ein solcher Anspruch in Form eines Schadensersatzanspruches. Das römische Recht sicherte den bedrohten Nachbarn mit einer cautio damni infecti, indem es ihm durch die Kaution bei drohenden Eingriffen oder Immissionen einen Anspruch auf Ausbesserung der zu befürchtenden Beschädigungen gewährte. Die cautio damni infecti, ist dem BGB. fremd. Aus dem Wortlaut des § 1004 ergibt sich jedoch, daß der Eigentümer mit der Beseitigungsklage auch die Wiederherstellung von Beschädigungen und teilweisen Zerstörungen der Sache fordern kann. Diese Ansicht wird insbesondere von Rudolf Schmidt[33]) vertreten. Zu ihrer Begründung zieht er die Bestimmung des § 288 BGB. heran. Dort tritt an Stelle des Gegenstandes, den der Erblasser in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört, beiseite schafft oder beschädigt, dessen Wert. Schmidt sieht daher denjenigen, der den Eigentümer stört oder seine Sache beschädigt, als Störer I. S. des § 1004 an. Daher trete auch bei dem Beseitigungsanspruch die Pflicht des Störers ein, die Beschädigungen und teilweisen Zerstörungen der Sache wieder herzustellen. Im Ergebnis wird die Ansicht von Schmidt im allgemeinen von der Rechtslehre bejaht[34]).

Nach der Feststellung dieser Aehnlichkeit zwischen Schadensersatz- und

---

32) So: Schmidt S. 101 und die dort zitierten, Wolff § 87 I 3, vgl. auch Salinger LZ. 1919 S. 1158, Recht 199 N. 427. (Ein Anspruch auf Geldersatz ist nur gegeben, wenn er aus einem besonderen Verpflichtungsgrund, z. B. § 823 BGB. abgeleitet werden kann). Vgl. auch RGRK. § 004 S. 334.

33) a. a. O. S. 42 ff., 46, 47.

34) Vgl. Winkelmann JW. 09, 8 ff., Kniep. Der Besitz des BGB. Jena 1900 S. 434, 444; Cosack 7. und 8. Aufl. II § 60 218, Eccius In Gruch. 53, 8 ff. Wolff § 87 I 3 Anm. 5 a — Ohne ausdrückliche Bejahung: Staudinger § 1004 S. 626, Strohal in Iherings Jahrb. 38, 133 ff., Dernburg, 3. Aufl. Halle, 1904 III § 125 S. 388 Goldmann-Lilienthal, Sach.R. Berlin 1912 II § 6 S. 21, § 53 S. 373, Planck § 1004, 2 b, auch OLG. Bd. 4, 65, 313, RG. Bd. 51, 408 a. M. Crome III § 352 S. Anm. 35, von Tuhr I S. 251 Anm. 36. Das RG. begnügt sich mit der Gegenüberstellung der Meinungen Bd. 127, 29 ff.

Beseitigungsanspruch dürfte dessen Eigenart der Anwendung von § 254 nicht entgegenstehen[35]).

Sowohl der Schadensersatzanspruch, als auch der Beseitigungsanspruch gehen zunächst auf Herstellung des dem verletzten Rechte entsprechenden Zustandes. Der Beseitigungsanspruch ist nur weniger umfassend, seine Voraussetzungen sind milder und seine Wirkungen weniger einschneidend, als die des Schadensersatzanspruches". (Schmidt S. 102) Er ist zwar kein Schadensersatzanspruch, aber er wird zweckentsprechend als solcher verwendet.

Ebenso vermag der Umstand, daß der Beseitigungsanspruch ohne Verschulden des Störers auf Grund reiner Kausalhaftung gewährt wird, der Anwendung nicht entgegenzustehen, weil die Ersatzpflicht nicht auf Verschulden gestützt zu sein braucht. § 254 würde sich bei dem Beseitigungsanspruch in der gleichen Weise auswirken wie bei einem echten Schadensersatzanspruch und eine Minderung des Umfanges der Beseitigung herbeiführen[36]).

b) Zu prüfen bleibt jedoch, ob man es zur Anwendung des § 254 auf den Beseitigungsanspruch für ausreichend halten darf, daß der Eigentümer die Beeinträchtigung nur mitverursacht hat. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird ein Mitwirken nur dann berücksichtigt, wenn ihn zugleich ein Verschulden trifft.

Ueber den Begriff des Verschuldens ist lebhaft gestritten worden:

Eine Lehre versteht das Verschulden in § 254 im vollen technischen Sinn, also nach Maßgabe der beiden Arten des Verschuldens — Vorsatz und Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 — da das mitwirkende Verschulden die Verletzung einer Rechtspflicht enthalte, die sich als Eingriff in eine fremde Rechtssphäre darstellt[37]).

Dem gegenüber legt eine andere Ansicht dem Verschulden in § 254 keine technische Bedeutung bei, sondern erblickt in ihm nur einen rein tat-

35) Vgl. hierzu die Ausführungen von Schmidt und Tuhr, die mit Recht auch § 251 II und 249 Satz 2 auf den Beseitigungsanspruch angewendet wissen wollen: Schmidt S. 103, 104, von Tuhr in Iherings Jahrb. 46, 54 ff. — auch schon Regelsburger, Iherings Jahrb. Bd. 58, 170, 171.

36) vgl. hierzu die ausführlichen Erörterungen unten S. 52.

37) Diese Ansicht vertreten insbesondere die älteren Entscheidungen des RG. Bd. 59, 222 Bd. 54, 404 ff. Bd. 62, 346. Ebenso: Dronke in Egers Entsch. Bd. 22, 210, Bd. 25, S. 35 ff., Cohn S. 115, Planck-Siber S. 103, auch die Mot. II S. 23.

sächlichen Begriff, ein einfaches Rechtsereignis, gleichbedeutend mit „Verursachung“[38]).

Ein vermittelnder Standpunkt faßt endlich das mitwirkende Verschulden in einem dem technischen Sinne nahe kommenden, abgeschwächten technischen Sinne auf, als „ein Verschulden in eigener Angelegenheit, das in der Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt besteht, die nach der Auffassung des Verkehrs ein ordentlicher und verständiger Mann hätte anwenden müssen, um sich und das Seinige tunlichst vor Schaden zu bewahren[39]).

Auf eine eingehende Darstellung dieses Meinungsstreits kann indessen insoweit verzichtet werden, als er den Ausgleich in solchen Schadensersatzansprüchen betrifft, die nur bei Verschulden des Verletzers gegeben sind. In diesen Fällen wird meist nur ein Verschulden auf Seiten des Beschädigten für eine Minderung des Schadens von Einfluß sein, da ein Verschulden die Haftungsvoraussetzung für den Schädiger bildet. Es wird sogar in § 254 BGB. vorausgesetzt, daß der Kausalzusammenhang durch die überwiegende Wirksamkeit einer Mitverursachung noch nicht aufgehoben wird.

Wo also das Recht ein schuldhaftes Handeln zum Eintritt einer Rechtsfolge verlangt, liefert der Begriff des Verschuldens den Maßstab für die Beschränkung der Haftung i. S. des § 254 BGB. Es wird daher nur auf die Ansichten eingegangen, die den Begriff des Verschuldens für die Fälle zum Gegenstand haben, in denen ohne Rücksicht auf Verschulden eine Schadensersatzpflicht allein auf Grund der im Gesetz begründeten Haftbarkeit eintritt z. B. § 833 BGB.

1. Der erste, der in dieser Richtung Untersuchungen anstellte, war Krückmann[40]). Er geht aus von der ihn unbefriedigt lassenden Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Haftung des Tierhalters für Schäden, die sein Tier einem Dritten zugefügt hat, der sich irgendwie freiwillig in die Einwirkungssphäre des Tieres begeben hat[41]). In diesen

38) So: Croissant . 13, Crome I S. 494 ff. 497, Went, Ziv. Arch. 100, 181, Bienenfeld in Seuff.Bl. 68, 494 vgl. auch Endemann I § 132 S. 757, Unger in Grünhuts Z. Bd. 15, 685, Weyl S. 517 ff.

39) Diese Auffassung wird neuerdings vom RG. vertreten Bd. 112, 286, JW. 1914, S. 827. Zu ihr ist auch Zitelmann zu rechnen (a. a. O. S. 167, 168, von Leyden S. 71, vom List S. 31, Träger S. 328, von Tuhr S. 93, vgl. Gottschalk S. 70 ff. mit eigenem Standpunkt.

40) Vgl. Iherings Jahrb. Bd. 52, 428 ff., Bd. 54, 107 ff. Bd. 55, 1 ff.

41) RG. Bd. 54, 73 ff. Bd. 58, 410, JW. 06, 553.

Fällen will Krückmann eine allgemeine Gefährdungsausrechnung eintreten lassen. Wie der Verschuldenshaftung die Verschuldensaufrechnung nach § 254 BGB., so entspreche der Gefährdungshaftung die Gefährdungsaufrechnung. Die eine sei so gut ein notwendiges Gegenstück zur Haftung wie die andere.

Diese Theorie führt zweifellos in den Fällen, in denen sowohl auf seiten des Schädigers, als auch des Beschädigten Tierhalterhaftung vorliegt, zu angemessenen Resultaten. Doch dürfte sie für den Beseitigungsanspruch dann nicht ausreichen, wenn dort der Kausalhaftung eine bloße Verursachung gegenübersteht, also von einer „Selbstgefährdung" nicht mehr die Rede sein kann. Auch bewirkt seine Gefährdungsaufrechnung — entgegen der Verschuldensaufrechnung — nicht eine verhältnismäßige Minderung des Ersatzanspruchs, sondern vielmehr den vollständigen Ausschluß der Gefährdungshaftung. Dies hat seinen Grund in dem Umstande, daß die Grenze zwischen einem nicht zurechenbaren kausalen Verhalten und einer zurechenbaren Selbstgefährdung im Einzelfall kaum bestimmbar ist. Es bleibt daher am Ende doch nur eine Verschuldungshaftung übrig.

2. Die Fälle, die nach Krückmann unter die Gefährdungshaftung fallen, faßt Müller-Erzbach[42]) unter den Begriff der Gefahrtragung zusammen. Er teilt die Schadenshaftung unter Streichung des Verschuldensprinzips ein in die Gefährdungshaftung einerseits und die Gefahrtragung andererseits. Jene trete ein, wenn jemand einen Gefährdungszustand geschaffen und ein an diesem Zustand nicht interessierter Dritter durch die Verwirklichung der Gefahr Schaden erlitten habe. Demgegenüber bestehe eine Gefahrtragung nur, wenn dem geschädigten Dritten der Schaden dadurch entstand, daß er selbst freiwillig seine Interessen dem Kreis jener Gefährdung ausgesetzt habe. (S. 351 ff.) Den Schaden müsse daher derjenige tragen, der „das Risiko des Schadenseintritts ganz oder im Vergleich zu den Mitbeteiligten überwiegend in seiner Hand hat".

Auch diese Ausführungen bringen keine Lösung der gestellten Frage. Sie sind wie die Theorie von Krückmann nur für die Fälle der Selbstgefährdung geeignet und dazu nicht ausdrücklich im Rahmen des § 254 BGB. erfolgt.

3. Ueber diese Lehren hinaus reichen die Betrachtungen von Hede-

42) Ziv. Arch. 106 S. 309 ff. vgl. auch Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910 S. 46 ff.

mann[43]). Er geht von dem gesteigerten Verkehrsleben aus und verweist auf § 17 K.F.G. Dort stehe sich nicht notwendig Verschulden und Verschulden, sondern Verursachung und Verursachung gegenüber, weil diese Ansprüche auf Grund reiner Kausalhaftung gewährt seien. Dennoch werde i. S. von § 254 BGB. ein Ausgleich vorgenommen. Hedemann hält daher im Rahmen von § 254 den Gedanken von der „causa concourrens" als Gegenstück zu der culpa concourrens für entwicklungsfähig, insbesondere für die Fälle der Haftung aus Veranlassung. Damit trifft Hedemann das Richtige. Indessen geht er nicht näher auf das Problem ein. Wenn man in § 254 den direkten Hinweis an den Richter sehen wollte, nach der Interessenlage des konkreten Einzelfalles zu entscheiden, so könnte man die Vorschrift vielleicht unter das von Hedemann geprägte „Prinzip der konkreten Billigkeit" einreihen.

4. De lege ferenda will Lenel[44]) im Falle der Gefährdungshaftung (§ 833 BGB. das mitwirkende Verschulden des Geschädigten durch ein „eigenes Verhalten" ersetzt wissen.

5. Diesen Vorschlag hat jedoch das Reichsgericht zunächst in vielen Urteilen entschieden abgelehnt[45]). Erst in der Entscheidung in Bd. 67, 120 ff. trat in gewisser Hinsicht eine Wendung ein. Hier bringt das Reichsgericht entwicklungsfähige Gedanken, indem es im Falle der Haftung aus § 833 BGB. eine schuldlose Mitverursachung des Schadens durch den Geschädigten berücksichtigte, falls dieser für die Schädigung auch ohne Verschulden dann verantwortlich wäre, wenn sie einen Dritten getroffen hätte. Der Hund des Beklagten hatte das Pferd des Klägers angefallen. Dieses ging durch und warf den Wagen um. Hierbei wurde der Kläger verletzt. Er verlangt unter anderm Ersatz des erlittenen Schadens aus § 833 BGB. — Von einem Verschulden des Geschädigten konnte in diesem Falle nicht die Rede sein. Dennoch hat das Reichsgericht die Schadensersatzpflicht gemindert, in der Erkenntnis, daß in § 254 BGB. eine Lücke besteht, an die der Gesetzgeber bei der Abfassung des BGB. nicht gedacht hat. — Der Schaden ist hier als Folge der sowohl durch den Hund, als auch durch das Pferd gegebenen Tiergefahr anzusehen. Es muß daher dem Reichsgericht zugestimmt werden, wenn es ausführt, daß

43) Die Fortschritte des Zivilrechts S. 105/106, S. 115/116.
44) In DJZ. 1906 S. 626 ff. 629, 630 vgl. auch a. M. Oertmann DJZ. 1904 S. 142.
45) So: RG. Bd. 59, 221, Bd. 62, 346, Bd. 54, 410.

wesentlich für die Verteilung des Schadens in § 254 das objektive Verhältnis der verschiedenen Kausalitäten sei und man aus dieser Grundlage zu folgern habe, daß auch die im Gesetz begründete Haftbarkeit des Geschädigten, insbesondere die aus § 833 BGB. für die Anwendbarkeit des § 254 in Betracht zu kommen habe. „Der Beschädigte hat in solchen Fällen ebenso wie der Schädiger in gesetzlich verantwortlicher Weise eine Mitursache für den schadenbringenden Erfolg geschaffen und es läßt sich nicht absehen, warum für diesen Fall eine sonst begründete Haftbarkeit ausgeschlossen sein sollte[46]).

Hatte hier das Reichsgericht die entsprechende Anwendung des § 833 ausgesprochen, also die Selbstgefährdung des Beschädigten der Gefährdungshaftung des Schädigers gegenübergestellt, so führt es diesen Gedanken in der Entscheidung vom 17. 11. 1932[47]) zu einem gewissen Abschluß. Die neue Entscheidung zeigt, daß das mitwirkende Verschulden nur noch den Rest eines Schadensverteilungsprinzips darstellt, dessen Alleinherrschaft überwunden ist. Bei reiner Kausalhaftung kann eine schuldhafte Mitwirkung nicht mehr verlangt werden. Daher tut das Reichsgericht nunmehr den entscheidenden Schritt zur Einschränkung der Kausalhaftung und berücksichtigt im Rahmen des § 254 bei dem Beseitigungsanspruch eine Mitverantwortlichkeit des Eigentümers hinsichtlich der Beeinträchtigung seines Eigentums. Es wird allerdings noch darauf abgestellt, daß der Eigentümer „mit seinem Eigentum in einer Weise verfahren ist, die für den andern die Klage aus § 1004 dann begründen würde, wenn die von ihm getroffenen Maßnahmen einen Eingriff in fremdes Eigentum zur Folge hätten". Dieser Gedanke hat jedoch für die Kausalhaftung allgemeine, weitergehende Bedeutung. Die Vorschrift des § 254 ist eine „ausbaufähige"[48]) Rechtsnorm. Das Reichsgericht läßt daher selbst die Frage offen, ob nicht auch ein bloßes Verursachen des Eigentümers zu einer Ausgleichung im Rahmen des § 254 genügen könne. Die in dieser Bestimmung innewohnenden allgemeinen Rechtsgedanken fordern allein aus Zweckmäßigkeitsgründen die Berücksichtigung eines Mitverursachens bei der Kausalhaftung. Gäbe es keinen § 254, so würde die Haftung lediglich nach dem adäquaten Zusammenhang zu ent-

46) Zustimmen: Schmidt S. 109, Dungs in Gruch. 54, 546 Oertmann § 254, 2 g Siber § 254, 2 b, Staudinger § 254, 2 d.
47) JW. 33, 690 Vgl. auch schon RG. in JW. 1912, 599 Nr. 9.
48) Regelsberger, Ges. und Rechtsanwdg. in: Iherings Jahrb. Bd. 58, 146 ff 149.

scheiden sein. Der Gedanke des Gesetzgebers bei der Schaffung dieser Vorschrift beruhte daher allein auf Billigkeitserwägungen. Die Haftung sollte über den adäquaten Zusammenhang hinaus noch weiter eingeschränkt werden, wenn der Beschädigte die schädliche Kausalität beeinflußt hatte. Wird aber eine derartige Einschränkung zugelassen, wenn es sich um eine Kausalhaftung handelt, der eine Mitverantwortlichkeit gegenüber steht, so muß es zur entsprechenden Anwendung des § 254 gegenüber dem Beseitigungsanspruch für ausreichend gehalten werden, daß der Eigentümer die Beeinträchtigung in irgend einer Weise *mitverursacht* hat. Auch eine Mitverursachung führt zur Mitverantwortlichkeit. Wer selber ohne Verschulden haftet, muß entsprechend der schärferen Haftung eine Ausgleichung analog § 254 verlangen dürfen, wenn der Verletzte auch nur die Rechtsfolge mitverursacht hat[49]). Die entsprechende Anwendung bedeutet in diesem Falle nichts anderes als die vollkommene Anerkennung der in § 254 innewohnenden allgemeinen Rechtsgedanken. Sie wird durch schutzwürdige Interessen gefördert und schafft Klarheit in dem Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und Verletzer.

Dabei ist zu beachten, daß nicht nur der Abs. 1 des § 254 anzuwenden ist. Vielmehr kann die Ausgleichung auch nach Absatz 2 erfolgen, wenn der Rechtsinhaber nicht nur ein positives Tun, sondern lediglich durch ein Unterlassen eine Mitursache zu der Rechtsverfolgung gesetzt hat. Auch hier muß auf Grund der Kausalhaftung beim Beseitigungsanspruch ein schuldloses Verursachen genügen, da an den Rechtsinhaber dieselben Anforderungen zu stellen sind, wie an den Verletzten[50]).

c) Zu einer Ablehnung der entsprechenden Anwendung des § 254 könnte vielleicht die Ansicht von Traeger[51]) führen. Er meint, daß es Grade des Verursachens nicht geben könne und daß es unmöglich sei, peinlich genau die Wirksamkeit jeder Ursache für den Erfolg zu bestimmen. — Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Zwar sind alle Bedingungen für den Eintritt eines Erfolges gleichwertig. Aber es handelt sich hier — wie Traeger meint — überhaupt nicht um die Feststellung der wirksamsten Bedingung i. S. der Birkmeyer'schen Theorie. Es gibt zwar keinen genauen Maßstab zur Abschätzung der Verursachung. Dieser soll aber nach dem Gesetz auch garnicht vorhanden sein. Es ist vielmehr

49) So auch: Schmidt S. 108, 109 Lenel DJZ. 1906, 629.
50) vgl. Schmidt a. a. O. S. 111.
51) Traeger a. a. O. S. 344 ff. 348, 349.

nach der im Getriebe des täglichen Lebens erworbenen Erfahrung zu untersuchen, inwieweit der einen oder der anderen Kausalreihe ein größerer Anteil an dem Erfolge zuzuschreiben ist. Das bedeutet keinen Widerspruch, auch nicht vom Standpunkte der Lehre von der adäquaten Verursachung. Der Anteil ist nach der Erscheinungsform und auf Grund der Verkehrsanschauung zu beurteilen, die sich aus den Wechselfällen des täglichen Lebens herausgebildet hat[52]). Wenn aber in manchen Fällen der Grad der Verursachung nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, so dürfte mit Schmidt[53]) eine Verteilung der durch die Störung entstandenen Kosten zur Hälfte angemessen sein.

d) Diese Ausführungen mögen genügen, um sowohl die Ergänzungsfähigkeit als auch das Ergänzungsbedürfnis im Rahmen der Vorschrift des § 254 gegenüber dem Beseitigungsanspruch darzutun.

Es bestehen keine Bedenken, den § 254 BGB. auf den negatorischen und quasinegatorischen Beseitigungsanspruch entsprechend anzuwenden, selbst wenn der Haftung des Störers ein bloßes Mitverursachen des Rechtsinhabers gegenübersteht. Verlangt z. B. eine Eisenbahngesellschaft die Beseitigung von Störungen, die von einem erhöht liegenden felsigen Nachbargrundstück dadurch ausgehen, daß infolge von Verwitterung größere Steine auf den Bahnkörper stürzen, so ist im Rahmen des § 254 ein Mitverursachen zu berücksichtigen, wenn die Lockerung und das Abstürzen des verwitterten Gesteins durch den Bahnbetrieb selbst, insbesondere durch Befahren der Strecke mit schweren Lokomotiven und Güterzügen teilweise hervorgerufen oder gefördert wird.

Ebenso wird in folgenden von Rudolf Schmidt[54]) angeführten Beispielen die Vorschrift des § 254 I auf den Beseitigungsanspruch anzuwenden sein: A. hat eine von B. veranlaßte Ueberschwemmung eintreten sehen, aber nicht rechtzeitig die leicht ausführbaren Maßnahmen getroffen, um sein Grundstück zu schützen. Oder: A. hat sein Haus allen Regeln der Baukunst zuwider höchst leichtfertig erbauen lassen und nicht sorgfältig unterhalten, sodaß dieses Risse bekommt, als auf dem Nachbargrundstück

52) So auch: Gottschalk S. 54, 56.

53) a. a. O. S. 110. Schmidt hält die Behauptung Traegers für einen schweren Vorwurf für den Gesetzgeber, der jedoch unbegründet sei und folgt der Ansicht von Siber (§ 254, 4 a), daß eine Ursache dann vorliegend ist, wenn sie für sich allein betrachtet die Möglichkeit einer zur Beschädigung führenden Komplikation mit weiteren Ursachen generell näher legt, als eine der sonstigen Ursachen des Schadens. Vgl. auch Schmidt S. 109.

54) a. a. O. S. 108.

eine Vertiefung hergestellt wird. — Auch in diesen Fällen fordert das Rechtsgefühl einen Ausgleich der gegenüberstehenden Interessen unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB.

Die Ausgleichspflicht ist dabei folgender Maßen zu begründen: Der Beseitigungsanspruch ist in seinen Rechtsfolgen einem Schadensersatzanspruch sehr ähnlich. Der Störer hat also durch die Beeinträchtigung dem Rechtsinhaber einen Schaden zugefügt. Dieser ist durch das Verhalten (Verschulden oder Verursachen) des Rechtsinhabers mit verursacht worden. Die Beseitigung der Beeinträchtigung selbst kann in der Regel ihrem vollen Umfange nach — ebenso wie eine echte Schadensersatzverpflichtung — in teilbaren, genau abzuschätzenden Leistungen bewirkt werden. Es steht daher nichts im Wege, den Störer entsprechend der Mitwirkung des Rechtsinhabers von seiner Verpflichtung zur Beseitigung der Störung zu entbinden und dem Rechtsinhaber im Verhältnis seiner Selbstbeeinträchtigung die Wiederherstellung des seinem Eigentum entsprechenden Zustandes zu überlassen.

Kann dagegen die Beseitigung nicht in teilbaren Leistungen bewirkt werden, so wird der Ausgleich in der Weise vorzunehmen sein, daß jede der Parteien entsprechend ihrer Pflicht zur Wiederherstellung die zur Beseitigung erforderlichen Kosten trägt[55]).

e) § 1004 BGB. gewährt — wie bereits ausgeführt — dem Eigentümer gegen den Störer auch Ansprüche auf Beseitigung von Beschädigungen. Es bestehen keine Bedenken, die Vorschrift des § 254 BGB. auch auf derartige Ansprüche anzuwenden, da es sich in diesem Falle um echte Schadensersatzverpflichtungen handelt. Rudolf Schmidt[56]) bringt hierzu folgendes Beispiel: Im Hause des B. ist durch dessen Verursachen ein Brand ausgebrochen. Funken setzen das Nachbarhaus des A. in Brand, weil dieser die zwischen den beiden Grundstücken befindliche Grenzmauer abgerissen hatte. — Hier ist das Verhalten des A für die erfolgten Beschädigungen des Hauses mitursächlich. — Die Verpflichtung des B. zur Beseitigung der Beschädigung ist also entsprechend der Mitwirkung des A. zu mindern.

B. Für die Untersuchung der Anwendbarkeit des § 254 BGB. auf die Unterlassungsansprüche können folgende Sachverhalte in Betracht kommen:

---

55) so auch: RG. in JW. 1933 690, 691.
56) a. a. O. S. 110.

A., der Inhaber eines absoluten Rechtes ist, gibt in fahrlässiger Unkenntnis an, das ihm in Wirklichkeit zustehende Recht gehöre dem seit langer Zeit abwesenden X. B. verletzt in dieser Ansicht das Recht, weil er glaubt, wegen der Abwesenheit des X. nicht zur Unterlassung aufgefordert zu werden. Er erhebt gegen den später von A. geltend gemachten Unterlassungsanspruch den Einwand, A. habe durch sein Verhalten die Verletzung des Rechts mit herbeigeführt. Oder: Das absolute Recht wird durch einen rechtswidrigen oder auch nur objektiv rechtswidrigen Eingriff verletzt. Der Rechtsinhaber hat Kenntnis von der Verletzung, geht aber gegen den Störer zunächst nicht vor und schafft dadurch selbst die Möglichkeit weiterer Eingriffe. Der Verletzer gelangt durch dieses Verhalten zu der Ansicht, daß der Rechtsinhaber auf die Verfolgung seines Rechts verzichte oder keinen Wert lege. Er wendet daher gegen den nach längerer Zeit erhobenen Unterlassungseinspruch ein, daß der Rechtsinhaber die anhaltende Beeinträchtigung mitverursacht oder sogar mitverschuldet habe.

1. Man muß sich auch hier darüber klar werden, ob die Eigenart des Unterlassungsanspruchs der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB entgegen steht.

Der Zweck eines jeden Unterlassungsanspruchs ist in die Zukunft gerichtet; er soll entweder einer drohenden Rechtsverletzung oder der Fortsetzung einer bereits eingetretenen vorbeugen und die durch den rechtswidrigen Angriff geschaffene Unsicherheit beseitigen. Er geht daher nur auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen, die zur Verletzung des Rechts geführt haben, erstrebt aber auch, daß die durch die geschaffene Lage in Zukunft weiter möglichen Verletzungen unterbleiben. Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist daher die Gefahr der Wiederholung von rechtswidrigen Beeinträchtigungen. Ist die Unterlassung erreicht, so ist der Anspruch in jedem Fall erfüllt. Einen zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand im Sinne des § 249 BGB. kann mithin der Unterlassungsanspruch nicht enthalten[57]). Er ist wie der Beseitigungsanspruch nur auf die Herstellung des Zustandes gerichtet, bei dem eine Rechtsverletzung nicht mehr vorliegt. Doch umfaßt er nicht die Ausbesserung von Beschädigungen oder Zerstörungen, so daß nicht einmal von einer Aehnlichkeit zwischen Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch ge-

57) JW. 1928 II S. 2134 Nr. 19, RG. Bd. 121, 189.

sprochen werden kann. Auch die Rechtshängigkeit des Unterlassungsanspruchs begründet keinen Schadensersatzanspruch. Es gilt zwar im bürgerlichen Recht der Grundsatz, daß mit der Rechtshängigkeit eines Anspruchs auf Herausgabe auch ein Anspruch auf Schadensersatz besteht[58]). Er ist jedoch für den Anspruch auf Unterlassung nicht entwickelt.

2. Diese Abweichung des Unterlassungsanspruchs vom Schadensersatzanspruch läßt zunächst § 254 für einen Ausgleich ungeeignet erscheinen. Es entsteht daher die Frage, ob etwa durch den für die Abwägung entgegenstehender Interessen bei dem Unterlassungsanspruch bereits entwickelten Begriff der „Verwirkung" eine gerechte Ausgleichspflicht geschaffen werden kann. Wenn dies der Fall ist, muß eine ausdehnende Anwendung des § 254 außer Betracht bleiben.

Die Verwirkung wird in der Rechtsprechung gewährt, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, wenn bei ständig wiederholten Eingriffen in ein fremdes absolutes Recht der Rechtsinhaber bei der Verletzung mitgewirkt hat. Sie hat ihre unmittelbare Rechtsgrundlage in § 242 BGB. und ist auf dem in dieser Vorschrift entwickelten Gedanken aufgebaut, daß es zur Pflicht eines Jeden gehört, die berechtigten Interessen des anderen Teils zu achten und ihnen Rechnung zu tragen[59]). Aus diesem Grundsatz folgt nach der Entwicklung der Praxis auch die Pflicht, den Rechtsverletzer nicht durch langes Schweigen im Ungewissen über die Ausübung des Rechts zu lassen, sondern zu erklären, daß der Eingriff nicht geduldet werde. Es widerspricht Treu und Glauben, wenn der Rechtsinhaber pflichtwidrig zusieht, wie der Störer die Eingriffe wiederholt oder z. B. bei Zeichenrechten seinen Geschäftsbetrieb sogar auf dem verletzten Recht aufbaut oder sich einen wertvollen Besitzstand schafft. Wenn er daher nach langer Zeit den Unterlassungsanspruch geltend macht, so ist diese Rechtsausübung wegen des Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässig und kann eine Inhaltsverwirklichung nicht mehr herbeiführen[60]). Der Anspruch ist „verwirkt", da er keine Rechtsgrundlage mehr hat[61]). Das

58) vgl. RG. Bd. 62, 320, JW. 1906, 70 Nr. 25. Feß in DJZ. S. 725, Bolze in Gruch. Beitrag 33, 9.

59) RG. Bd. 101, 49.

60) Siebert a. a. O. S. 90, 91, 97, 133, 172.

61) a. M. Ruth (JW. 1934 S. 288), der behauptet, daß Ansprüche nicht „verwirkt" werden könnten, weil sie in derartigen Fällen nie zur Entstehung gelangt seien, also von vornherein der Rechtsgrundlage entbehrten. Demgegenüber ist zu sagen, daß der Unterlassungsanspruch selbst mit der Verletzung des absoluten Rechts entstanden ist. Der Rechtsinhaber hat nur seine Geltendmachung wider Treu und Glauben hinausgeschoben, sodaß hierdurch erst die Rechtsgrundlage entfallen ist.

zugrunde liegende Recht wird hierdurch nicht angegriffen[62]). Es erwächst nur gegen dessen Geltendmachung im Einzelfalle ein wirksamer Einwand[63]), d. h. der Rechtsinhalt eines jeden absoluten Rechts wird nur gegenüber diesem Verletzer beschränkt, sodaß die unzulässige Rechtsausübung ein „Handeln ohne Recht" ist[64]). — Die Verwirkung beruht also auf den durch § 242 BGB. gegebenen Richtlinien für die Ausübung eines jeden Rechts[65]). Damit ist sie ohne Zweifel geeignet, eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen im Falle des Eingriffs in ein absolutes Recht im Sinne des § 1004 zu ermöglichen. Die Rechtsausübung wird unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben bewertet, sodaß auch hier sowohl das Verhalten des Rechtsinhabers, als auch das des Störers berücksichtigt werden kann.

Dennoch ist die Verwirkung nicht in vollem Maße geeignet, die bei dem Unterlassungsanspruch sich gegenüberstehenden Interessen gerecht auszugleichen. Sie ist in ihren Rechtsfolgen zu starr, um das Verhalten jedes der Beteiligten genügend zum Ausdruck zu bringen. Eine teilweise Verwirkung auf Grund der Vorschrift des § 242 ist ausgeschlossen. Der Anspruch des Rechtsinhabers ist in jedem Falle verwirkt, d. h. seine Geltendmachung ist gänzlich unzulässig. Dies kann bei den Unterlassungsansprüchen gewisser Immaterialgüterrechte, z. B. den Zeichenrechten am Platze sein, wenn der Störer durch das untätige Verhalten des Rechtsinhabers einen wertvollen Besitzstand erworben, auf dem verletzten Recht seinen Geschäftsbetrieb aufgebaut hat oder wenn das verletzte Recht in der Hand des Störers Verkehrsgeltung erlangen konnte. Das Gleiche kann gelten, wenn dem Störer erhebliche Aufwendungen entstehen, sofern der Unterlassungsanspruch nach langer Zeit erhoben und durchgeführt werden würde. In diesen Fällen dürfte ein Fortfall des Anspruchs gerechtfertigt sein[66]). Wie sollte aber in dem angeführten Beispiel, in dem

62) Siebert a. a. O. S. 139.
63) Siebert in JW. 1932 S. 943, S. 2385.
64) Siebert a. a. O. S. 90, 91, 151.
65) vgl. hierzu Siebert S. 91, 125 und D.R. 1934, 305. „Jedes Recht geht seinem Inhalte nach nur soweit, wie Treu und Glauben dies gestatten; nur diejenigen Handlungen, die sich in den Grenzen von Treu und Glauben abspielen, sind noch Rechtsinhalt und Inhaltsverwirklichung".
66) Immerhin wäre auch hier zu prüfen, ob nicht dem Rechtsinhaber gegen den Störer, dessen Eingriff stets rechtswidrig bleibt, ein Entschädigungsanspruch zusteht. Vgl. hierzu Ruth JW. 1934, 288. Ruth hält z. B. den erworbenen Besitzstand nicht für ein untergeordnetes Tatbestandsmerkmal im Rahmen der Verwirkung, sondern spricht ihm selbständige Bedeutung zu, weil er auf der erworbenen Verkehrsgeltung

der Rechtsinhaber A. in fahrlässiger Unkenntnis das ihm in Wahrheit zustehende absolute Recht als dem X. gehörig bezeichnet hat, ein gerechter Ausgleich durch die Verwirkung herbeigeführt werden können? Als „verwirkt" ist hier der Unterlassungsanspruch nicht anzusehen. Der Rechtsinhaber hat zwar die Verletzung seines Rechts mitverursacht oder auch mitverschuldet. Sein Verhalten kann jedoch nicht dahin bewertet werden, daß er des Unterlassungsanspruchs völlig verlustig geht. Das Gleiche ist der Fall, wenn der Rechtsinhaber, der längere Zeit aus Nachlässigkeit abgewartet hatte, ob die Eingriffe nur vorübergehend sein würden, gegen den Störer bei weiteren hartnäckigen Verletzungen vorgeht. Hier hat der Verletzte durch sein Schweigen die anhaltenden Beeinträchtigungen mitverursacht, da der Störer annehmen konnte, daß sein Vorgehen gebilligt werde. Ein gänzlicher Fortfall seines Anspruches würde jedoch gegen das Rechtsempfinden verstoßen.

Diese Beispiele zeigen, das der bereits geprägte Begriff der Verwirkung nicht in vollem Maße geeignet ist, ganz allgemein beim Unterlassungsanspruch einen gerechten Ausgleich der gegenüberstehenden Interessen herbeizuführen. Die Verwirkung ist lediglich bei einigen Sondertatbeständen praktisch zu verwenden. — Damit bedarf die Frage nach der ausdehnenden Anwendung des § 254 auf den Unterlassungsanspruch unbedingt der Klärung.

3. Der zwischen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch gefundene Unterschied vermag noch nicht den grundsätzlichen Ausschluß der entsprechenden Anwendung des § 254 herbeizuführen, da dessen Rechtsgedanken über die Fälle der Schadensersatzpflicht hinausgehende Bedeutung haben. Soweit die ausdehnende Anwendung dem richtig verstandenen Willen des Gesetzes entspricht und ein praktisches Bedürfnis für die Anwendbarkeit vorliegt, steht nichts entgegen, das Verhalten einer Person als mitwirkende Ursache hinsichtlich des Anspruchs zu berücksichtigen. — Auch wäre bei dem Unterlassungsanspruch ebenfalls ein bloßes Mitverursachen aus den bereits angeführten Gründen genügend. Es bestehen jedoch Bedenken, ob die Vorschrift in jeder Hinsicht einen gerechten Interessenausgleich herbeizuführen imstande ist: § 254 regelt gemäß seiner

und diese wiederum in der Regel auf erheblichen Aufwendungen an Kosten und Arbeit beruhe. Der Besitzstand habe daher den Erwerb eines Rechts oder Rechtsgutes zur Folge, ohne daß hierdurch der Bestand des verletzten Rechts angetastet werde. Ruth gewährt daher dem verletzten Rechtsinhaber analog der Bestimmung des § 951 BGB. einen Bereicherungsanspruch.

Stellung innerhalb der allgemeinen Schadensersatzbestimmungen allein den Umfang des erhobenen Anspruchs. Dieser wird nach den vorliegenden Umständen gemildert und zwar in der verschiedenartigsten Weise, sodaß er sogar zum Fortfall kommen kann. Hierdurch wird die Haftung entsprechend dem Maße der Mitwirkung der Parteien eingeschränkt. Nur so ist ein billiger Interessenausgleich gewährleistet. Da nun der Unterlassungsanspruch lediglich auf Unterlassung gerichtet ist und es zu seiner Erfüllung keiner Kostenaufwendung bedarf, kann er in seinem Umfang nicht verschieden gemildert werden. Eine Berücksichtigung des Mitwirkens des Verletzten ist bei ihm also nur in der in § 254 vorgesehenen schärfsten Form möglich, nämlich daß der Anspruch sich in vollem Umfang als unbegründet erweist und somit ganz zum Fortfall kommt. Insoweit ist aber seine ausdehnende Anwendung auf den Unterlassungsanspruch für zulässig zu erachten. Ein Ausgleich durch § 254 wird daher in den Fällen einzutreten haben, in denen dem Eingriff des Störers ein Verhalten des Rechtsinhabers gegenübersteht, das nahezu an Vorsatz grenzt.

Mit diesem Ergebnis ist zwar die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 254 bejaht, aber ein gerechter Ausgleich für alle beim Unterlassungsanspruch möglichen Tatbestände nicht geschaffen.

Dennoch läßt sich eine gerechte Abwägung der gegenüberstehenden Interessen vornehmen: Die vorliegende Arbeit hatte § 254 nur als einen Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben angesehen. Seine weitgehende Annäherung an § 242 und seine auf diese Vorschrift zurückgehende Billigkeitsentscheidung gestattet, bei einem mitwirkenden Verhalten des Rechtsinhabers die Vorschrift des § 242 zu Ergänzung heranzuziehen und auf diese Weise auch das „Wie" der Leistung zu berücksichtigen, soweit § 254 allein zum Ausgleich nicht ausreicht. Es ist hierdurch eine Milderung in der Durchführung des Unterlassungsanspruchs möglich. Die Abmilderung selbst kann in der verschiedensten Art entsprechend der Mitwirkung des verletzten Rechtsinhabers erfolgen. Sie dürfte in der Zubilligung einer ausreichenden Schonzeit, innerhalb deren sich der Verletzer umstellen und die Interessenten aufklären kann, den berechtigten Belangen des Störers am ehesten gerecht werden[67]).

---

67) Eine derartige Berücksichtigung des Mitwirkens des Verletzten ist z. B. in dem bekannten Loewe-Urteil (G.R.U.R. 1930, S. 331) ausgesprochen worden.

Die vorliegende Arbeit zeigt, daß § 254 auf Ansprüche aus absoluten Rechten grundsätzlich anwendbar ist, daß aber bei Unterlassungsansprüchen zum Teil die ergänzende Hinzuziehung des § 242 BGB. gefordert werden muß, um einen gerechten Interessenausgleich zu schaffen. Die Vorschrift ist vermöge ihrer allgemeinen Rechtsgedanken in hervorragendem Maße geeignet, über das Gebiet des Schadensersatzrechts hinaus Unbilligkeiten und Härten in Fällen zu beseitigen, in denen das Gesetz ein mitwirkendes Verhalten des Rechtsinhabers nicht berücksichtigt.

Lebenslauf.

Am 7. August 1909 wurde ich als Sohn des Reichsbahnobersekretärs Friedrich Luhde und seiner Ehefrau Elise, geb. Kelm, beide evangelischen Bekenntnisses, zu Neutomischel (Prov. Posen) geboren. Dort besuchte ich die Stadtschule, später die Mittelschule. Im Jahre 1920 von den Polen vertrieben, flüchteten wir nach Driesen N. M. und siedelten schließlich nach Berlin über, wo ich die Kirschner-Oberrealschule besuchte. Infolge Versetzung meines Vaters zogen wir im Jahre 1925 nach Frankfurt/Oder. Hier bestand ich an der Oberrealschule am 1. 3. 1929 die Reifeprüfung mit gut.

Ich widmete mich sodann dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Würzburg und hörte bei den Herren Professoren Kreß, Laforet, Meurer, Oetker, Schanz. Das 5. Semester verlebte ich in Königsberg/Pr. um an den Vorlesungen und Uebungen der Herren Prof. Hensel, von Hippel, Litten, Oppikofer, Sauer und Tesar teilzunehmen. Das 6. und 7. Semester meines Studiums verbrachte ich an der Universität Halle und nahm an Vorlesungen, Uebungen und Repetitorien der Herren Professoren Bilfinger, Boehmer, Finger, Hein, Joerges, Kisch, Kitzinger, Ruth, Schmidt und Siebert teil. Am 1. 4. 1933 bestand ich vor dem Prüfungsamt am OLG in Naumburg/Saale die erste juristische Staatsprüfung. Seitdem befinde ich mich im staatlichen Ausbildungsdienst in Frankfurt/Oder. Am 19. Dezember 1934 bestand ich das Doktorexamen.

Die Anregung zur Anfertigung der Arbeit erhielt ich von Herrn Prof. Dr. Siebert, dem ich an dieser Stelle meinen Dank ausspreche.